Sicherheitsleistung im Kontokorrent.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Theodor Müser

aus Langendreer i. W.

Rechtsanwalt am Kgl. Amtsgericht zu Iserlohn.

ACAD. IUDIC. HAT. BIBL.

Approbiert am 20. Oktober 1911.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1912.

144

Referent: Universitäts-Professor Dr. Sehling

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Wesen des Kontokorrentverkehrs 1
II. Arten der Sicherheiten 13
III. Sicherheitsleistung für einzelne Kontokorrentforderungen 15
IV. Sicherheitsleistung für eine Forderung aus dem künftigen Saldo 65
V. Besonderheiten im Konkurs des Hauptschuldners 85

Literaturverzeichnis.

Bendix, Zur Lehre von dem gesetzlichen Übergang der Rechte (cessio legis) im Falle des Vorhandenseins mehrerer Sicherungen. Im Archiv für bürgerliches Recht 1905 Bd. 25 S. 84ff.

Bendix, Teilleistung des Bürgen — Konkurs des Hauptschuldners. Im Recht 1910 S. 686ff.

Biermann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Biermann, Die Höchsthypothek und andere Grundstückspfandrechte als Unterlage für Bankkredite. Im Bankarchiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen, 1908 S. 260ff.

Breit, Zur Lehre vom Eintritte des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach Bürgerlichem Gesetzbuch. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 48 S. 283ff.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 7. Aufl. 1910.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 4. Aufl. Halle 1909.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch v. 18. 5. 1897, erläutert von A. Düringer und M. Hachenburg. Mannheim.

Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage. Berlin, J. Guttentag, 1897.

Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen nach bürgerlichem, Handels- und Prozeßrecht. Berlin 1909.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Leipzig 1885.

Fischer, Die Bilanzwerte, was sie sind und was sie nicht sind. Leipzig 1908.

Fischer, Über die Bedeutung der einfachen Rechnung und des Kontokorrentes im heutigen Recht. Leipzig 1899.

Flender, Das Kontokorrentverhältnis des Handelsgesetzbuchs v. 10. 5. 1897. Borna-Leipzig 1904.

Fuchs, Grundbuchrecht. Bd. 1. 1900—1902.

Greber, Julius, Das Kontokorrentverhältnis. 1893.

Gruchot = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Dr. Gruchot.

Hartmann, Das Kontokorrentverhältnis nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuchs. Rostocker Diss. 1903.

Henneberg, Die Stellung des Bürgen im Konkurse des Hauptschuldners. In der Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht 1911 S. 268ff.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 3. u. 4. Aufl. 1907.

JurW. = Juristische Wochenschrift, Organ des Deutschen Anwaltsvereins. Berlin, jetzt herausgegeben von H. Neumann.

Kemmer, Franz, Der Kontokorrentverkehr. München 1897.

Klein, P., Vertragliche Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses. Wien 1907. (Sonderabdruck aus Gellers Zentralblatt.)

Kremer, Die Mitbürgschaft. Straßburger Diss. 1902.

Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich von Professor K. Lehmann und Kammergerichtsrat Ring. Berlin 1901/02.

Levy-Rießer, Der Kontokorrentvertrag. Von J. A. Levy, herausgegeben von J. Rießer. 1884.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Von H. Makower. 12. Aufl., bearbeitet von Rechtsanwalt F. Makower.

Marioth, Der Einfluß des Kontokorrents auf die Verjährung der zu dem Kontokorrent gehörigen Ansprüche. Diss. Leipzig 1903.

Martinius, Entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 2 im Falle des § 1225 BGB. In der Deutschen Juristenzeitung 1903 S. 543ff.

Mohr, Der Kontokorrentverkehr. Berlin 1902.

Müller-Gumperda, Der Kontokorrentvertrag ein Blankovertrag. Berlin 1905.

Oberneck, Reichsgrundbuchrecht. 4. Aufl. 1909.

Oertmann, Zivil- und handelsrechtliches Pfand- und Zurückbehaltungsrecht im Bankverkehr. Im Bankarchiv 6. Jahrg. Nr. 11 S. 137ff.

Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. Von Dr. Paul Oertmann. 3. u. 4. Aufl. Berlin 1910.

OLGR. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.

OTr. = Entscheidungen des Kgl. Obertribunals Berlin.

Recht = Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeben von Dr. Soergel, Hannover.

Regelsberger, Die rechtliche Natur der Abrechnung. In Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 1904 Bd. 46 S. 1ff.

Regelsberger, Über den Einfluß der rechtlichen Unwirksamkeit von Passivposten auf die Geltung der Saldoforderung bei der Abrechnung. In Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 1905 Bd. 49 S. 407ff.

Regelsberger, Die rechtliche Bedeutung der sogen. Geschäftsbedingungen der Bankiers für die Kontokorrentverträge. Im Bankarchiv 1906 S. 170.

RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft.

ROHG. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, herausgegeben von den Räten des Gerichtshofes.

Roth, Über das Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen bei der Kontokorrentbürgschaft. In der Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht 1910 S. 355 ff.

Rudorff, Zu §§ 426, 774 Abs. 2 BGB.: Die Ausgleichsforderung des Bürgen gegen Mitbürgen.

Rudorff, Systematische Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Sellner, Zur Auslegung des § 1225 BGB. Im Recht 1904 S. 477 ff.

Schneider, Der Ausgleich unter mehreren für eine Kontokorrentschuld haftenden Bürgen. In Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen 1906 S. 1.

Schulz, Rückgriff und Weitergriff. In Leonhards Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts 1907 Heft 21.

Schoeninger, Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts. 1906.

Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. 1906/07.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5./6. Aufl. 1910.

Sternberg, Die Verteilung der Haftungslast bei mehrfacher Sicherheit einer Forderung. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts 52. Jahrg. Heft 4 u. 5 S. 545 ff.

Strohal, Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach Bürgerlichem Gesetzbuch. In der Deutschen Juristenzeitung 1903 S. 373 ff.

Theußner, Der Kontokorrentvertrag. Halle-Wittenberger Diss. 1901.

Trumpler, Die Differenzgeschäfte nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und nach dem Börsengesetz. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 1901 Bd. 50 S. 388.

Turnau, Liegenschaftsrecht. Bd. 5.

Warneyer = Jahrbuch der Entscheidungen usw., herausgegeben von Dr. Otto Warneyer. Leipzig.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts von Dr. B. Windscheid. 9. Aufl., unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Dr. Theodor Kipp. Frankfurt a. M. 1906.

Zitelmann, Zur Auslegung der Bestimmung, daß der kraft Gesetzes erfolgende Übergang einer Forderung nicht zum Nachteile des früheren Gläubigers geltend gemacht werden kann. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung 74. Jahrg. Heft 3 S. 77.

ZHR. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von L. Goldschmidt.

I. Wesen des Kontokorrentverkehrs.

Der Kontokorrentverkehr bezweckt eine Vereinfachung der gegenseitigen Beziehungen zweier Geschäftsfreunde durch eine besondere Form der Verrechnung der wechselseitigen Forderungen. Während es an sich in das Belieben eines jeden gestellt ist, welche von verschiedenen fällig gewordenen Forderungen er einziehen will, auf welche von gegen ihn entstandenen Forderungen er eine Zahlung leisten (vgl. § 366 Abs. 1 BGB.) oder mit welchen er seine eigenen Forderungen aufrechnen will, hat das Geschäftsleben solche Geschäftsverbindungen als zweckentsprechend geschaffen, bei welchen die aus der Verbindung entspringenden beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nebst Zinsen in Rechnung gestellt und in regelmäßigen Zeitabschnitten durch Verrechnung und Feststellung des für den einen oder anderen Teil sich ergebenden Überschusses ausgeglichen werden sollen. In einem solchen Kontokorrentverhältnis sollen also während der durch die Rechnungsabschlüsse gebildeten Periode die Leistungen des einen nicht zur Tilgung einer bestimmten Zahlungsverpflichtung desselben dienen, es soll keine Kompensation eintreten, eine Einzel-

forderung auch nicht für sich allein geltend gemacht, ebensowenig durch Abtretung an einen sei es selbst gutgläubigen Dritten zu einem selbständig klagbaren umgestaltet werden dürfen; vielmehr sollen die Einzelleistungen ihren besonderen Beziehungen auf die Leistungen des anderen Teils entzogen und jeweils auf jeder Seite als ein Ganzes behandelt werden; die ganze Reihe von Einnahmen soll zur Zahlung oder Minderung der ganzen Reihe von Ausgaben dienen, und demgemäß ist in periodischen Abrechnungen durch Vergleichung der auf jeder Seite durch Addition gewonnenen Gesamtsumme festzustellen, wer von beiden Teilen Gläubiger ist und wieviel er zu fordern hat (vgl. hierzu u. a. RG. Bd. 18 Nr. 50 S. 247 ff., Bd. 28 S. 31). Die einzelnen Rechnungsposten gehen in den Abschlußsummen den Kredit- und Debetsummen und mit diesen in dem Saldo auf. Anstatt daher nach der Abrechnung die einzelnen Forderungen, deren Bestand oder Tilgung geltend machen zu müssen, soll zwischen den Parteien ausschließlich das anerkannte Ergebnis jener Abrechnung maßgebend sein, indem eben bezweckt wird, „die aus einem dauernden Geschäftsverkehr sich ergebenden Beziehungen zu vereinfachen und die Vielheit der gegenseitigen Ansprüche durch periodische Feststellung eines einzelnen Forderungspostens zu ersetzen“ (vgl. Denkschr. z. Entw. S. 428). Dieses Endziel des Kontokorrentverhältnisses muß auch für die Beurteilung der juristischen Natur des Kontokorrentvertrages maßgebend sein.

Zur Entstehung eines Kontokorrentverhältnisses genügt nicht, daß die Parteien in ihrer Buchführung die beim Kontokorrent übliche Aufzeichnung der Forderungen als Debet- und Kreditposten beobachten (vgl. u. a. RG. Bd. 22 S. 150; Bolze Bd. 3 Nr. 587, Bd. 18 Nr. 357), sondern es muß stets die übereinstimmende Absicht der Parteien dahin gehen, ihre Geschäfte den besonderen rechtlichen Grundsätzen, welche den Kontokorrentverkehr beherrschen, zu unterwerfen. Dieser Wille der Kontrahenten ist die unbedingte, aber auch alleinige Voraussetzung für die Begründung eines Kontokorrentverhältnisses. Insbesondere kann es nicht als wesentliches Erfordernis des Kontokorrentvertrages angesehen werden, daß auf beiden Seiten Forderungen entstehen. Zwar wird in der Regel eine solche Geschäftsverbindung nur eingegangen, wenn die beiden Kontrahenten imstande sind, sich gegenseitig selbständige Leistungen zu machen. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb die Parteien nicht auch ein Kontokorrentverhältnis vereinbaren können, wenn nur für den einen Teil Forderungen entstehen, der andere Teil nur Zahlungen leistet. Zwar spricht das Gesetz (§ 355 HGB.) von „beiderseitigen Ansprüchen“, und hieraus folgert die herrschende Ansicht, daß die wechselseitige Entstehung von Ansprüchen ein wesentliches Erfordernis sei. So Cosack § 88 I, 1 b; ROHG. Bd. 3 S. 149, Bd. 6 S. 257; RG. Bd. 1 S. 19, Bd. 22 S. 151; OLG. Frankfurt in ZHR. Bd. 43 S. 349; Greber S. 2; Staub [schwankend] zu § 355

Anm. 8; dagegen Kemmer S. 35f. Indes gibt das Gesetz keine zwingende Vorschrift; es geht naturgemäß von dem Regelfall, daß aus der Verbindung beiderseitige Ansprüche entspringen, aus, schließt aber den Fall, daß nur auf der einen Seite Forderungen entstehen, keineswegs aus. Es ist daher mit dem Reichsgericht (Entsch. v. 28. 6. 1892 in JurW. 1892 S. 374, 18) davon auszugehen, daß allein der Parteiwille maßgebend ist; „über das Bestehen eines Kontokorrentverhältnisses entscheidet in erster Linie der Wille der Kontrahenten, und es kann auch eine geschäftliche Verbindung, in welcher an sich nur der eine Kontrahent als kreditierend, der andere als tilgend erscheint, den Charakter des Kontokorrents annehmen, wenn nach dem übereinstimmenden Willen der Kontrahenten die einzelnen Leistungen nur eine rechtliche untrennbare Verbindung von Rechnungsfaktoren für ein in periodischen Abschlüssen zu ermittelndes Gesamtergebnis, den eine selbständige Forderung begründenden Saldo, sein soll".

Weiterhin ist das Kontokorrent nicht auf Kaufleute beschränkt; wesentlich ist nur, daß ein Teil Kaufmann (auch Minderkaufmann) ist oder als Kaufmann gilt (so die besonders häufigen Kontokorrente zwischen den Bankiers und ihren kaufmännischen und nicht kaufmännischen Kunden [„Korrespondenten"]. Indes bedeutet auch dies nur, daß die gesetzlichen Folgen des Kontokorrentverhältnisses von selbst nur gelten, wenn ein Teil Kaufmann ist; dagegen können auch Nichtkaufleute

sehr wohl einen Kontokorrentvertrag schließen, und die gesetzlichen Rechtsfolgen gelten dann lediglich, weil ausdrücklich vereinbart. Allerdings kann mit Staub (§ 355 Anm. 10) die die Rechte des Gläubigers behandelnde Bestimmung des § 357 HGB. nur auf ein Kontokorrentverhältnis zutreffen, das den gesetzlichen Erfordernissen des § 355 entspricht, also nicht auf ein solches zwischen Nichtkaufleuten; bei solchem Kontokorrent richten sich die Rechte der Gläubiger nach allgemeinen Grundsätzen.

Selbstverständlich hat es der Kontokorrentverkehr seinem oben erläuterten Zweck entsprechend nur mit Geldansprüchen der Parteien zu tun. Wenn der Bankier für seinen Kunden, mit dem er in Kontokorrent steht, Wertpapiere als Kommissionär kauft, so kommt nur der Anspruch des Bankiers auf Erstattung des von ihm gezahlten Kaufpreises, nicht auch der Anspruch des Kunden auf Übertragung der Papiere in den Kontokorrent. Dieser letztere Anspruch kann jedoch, wie unten des näheren ausgeführt wird, auch im Kontokorrentverkehr zur Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts von Bedeutung werden.

Der Kontokorrentverkehr beruht auf einer dahingehenden Willenseinigung der Parteien, einem formlos abzuschließenden Kontokorrentvertrag, für den die allgemeinen Regeln Anwendung finden. Insbesondere braucht er nicht ausdrücklich abgeschlossen sein, sondern kann, wie es häufig der Fall ist, aus der zwischen den Beteiligten tatsächlich bestehenden Übung (vgl. RG. v. 28. 6.

1892 a. a. O.) „in der Behandlung jeder einzelnen Leistung als einer verzinslichen Kreditgewährung, in der Verzinsung des Saldos, wenngleich Zinsen darunter begriffen sind, in der Übersendung der periodischen Abschlüsse zur Anerkennung und in der Anerkennung dieser Abschlüsse", ferner insbesondere, wenn bei Übertragung des Kontos ohne Zurückgehen auf die Einzelposten lediglich ein Saldo vorgetragen und dieser Saldo wiederum ohne Zurückgreifen auf die Einzelposten getilgt wurde (RG. Bd. 60 S. 292) einer stillschweigenden Abrede dieses Inhalts zu entnehmen sein (dies gilt auch für ein Kontokorrentverhältnis unter Nichtkaufleuten; vgl. ROHG. Bd. 11 S. 140, Bd. 14 S. 70). Hat der Bankier, wie es üblich ist, bei Eingehung des Kontokorrentvertrages dem Korrespondenten seine Bedingungen für den Geschäftsverkehr zugesandt, so bilden diese einen Teil des Vertragsantrags und sind gültig, auch wenn der Kunde dieselben nicht ausdrücklich anerkennt; dieser muß vielmehr seinerseits widersprechen, wenn er sie nicht als Vertragsbestandteil gelten lassen will (vgl. RG. Bd. 13 S. 77).

Das Kriterium des Kontokorrentverhältnisses ist nach dem Gesagten der übereinstimmende Wille der Kontrahenten, durch periodische gegenseitige Feststellung des Saldos die bisherigen Einzelforderungen zu tilgen und an deren Stelle eine einzige Forderung, und zwar eine neue besonderer Art treten zu lassen; das Guthaben aus dem festgestellten Rechnungsabschluß, in welchem die einzelnen Posten nicht als schuldbegründend

oder schuldtilgend, sondern lediglich als Summanden der Debet- bezw. Kreditseite aufgeführt sind, so daß ohne Zurückgreifen auf die einzelnen Posten und die ihnen zugrunde liegende causa lediglich dem festgestellten Schuldsaldo rechtliche Bedeutung zukommt (RG. Bd. 60 S. 292). Hiernach tritt mit der kontokorrentmäßigen Abrechnung, der beiderseitigen Feststellung des Saldos eine Schuldumwandlung (Novation) ein. Diese überaus bestrittene Ansicht (dafür Staub zu § 355 Anm. 2—7; Düringer-Hachenburg zu § 355 Anm. 7; Makower zu § 355 Anm. IV; Regelsberger a. a. O. S. 10ff.; Schöninger a. a. O. S. 334; Greber S. 117; Endemann Bd. 3 § 437; and. M. Cosack S. 333 [s. auch unten]; Lehmann-Ring zu §§ 355—357 Nr. 29; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2, 1 § 121 II; Kemmer a. a. O. S. 90; P. Klein a. a. O. S. 15ff.; Oertmann a. a. O. und andere) muß trotz der vielseitigen Angriffe und der scheinbar widersprechenden Bestimmung des § 356 HGB. als die allein richtige erscheinen. Sie allein entspricht dem Wesen des Kontokorrentverkehrs, daß nach dem Willen der Parteien zwecks Vereinfachung der Geschäftsverbindung durch die Feststellung und Anerkennnung des Saldos die als Posten im Kontokorrent fungierenden materiellen Forderungen aufgehoben und durch die eine Saldoforderung ersetzt werden sollen; denn der Saldo „wird durch Kompensation der ganzen Debetmasse gegen die ganze Kreditmasse des Kontokorrents gefunden, durch die Kompensation wird aber virtuell Zahlung, also

Tilgung der Schuld bewirkt, und zwar nicht bloß dieser oder jener Posten, sondern aller Posten einer Seite in gleicher Weise“ (Endemann Bd. 3 S. 952). Die gegenteilige Ansicht muß den Kontrahenten unabhängig von der erfolgten Feststellung des Saldos ein Zurückkommen auf die in den einzelnen Posten enthaltenen mannigfachen Schuldverhältnisse gestatten und macht damit gerade das Endziel dieses im kaufmännischen Leben so entwickelten Rechtsinstituts illusorisch. Man vergegenwärtige sich nur den üblichen Kontokorrentverkehr: Zwar geschieht nach § 355 HGB. der Rechnungsabschluß jährlich einmal, und gewöhnlich, namentlich im Bankverkehr, sind die Rechnungsperioden noch kürzer, halb- oder vierteljährlich, die laufende Rechnung kann mangels anderweitiger Vereinbarung von jedem der Beteiligten jederzeit, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes auch trotz vertraglichen Ausschlusses fristloser Kündigung sofort gekündigt werden, so daß derjenige, welchem nach der Rechnung ein Überschuß gebührt, dessen Zahlung beanspruchen kann; aber regelmäßig liegt doch dem Kontokorrentverkehr eine lange Geschäftsverbindung zugrunde. Die Saldoforderung einer Kontokorrentperiode wird regelmäßig nicht bezahlt, sondern in das weitergehende Verhältnis aufgenommen, auf neue Rechnung vorgetragen; ein Kontokorrentverkehr kann sich also jahrelang fortziehen, und jeder Kontokorrent schließt sich an den vorhergehenden an, hat als ersten Rechnungsposten dessen Saldo. Seiner Natur nach fordert also

der Kontokorrentverkehr einen absoluten Abschluß jeder Periode. Nicht eine Vereinfachung, sondern eine ungeheuerliche Verzwicktheit und Unübersichtlichkeit wäre die Folge, wollte man doch noch eine Zerlegung in einzelne Bestandteile nach den früheren Schuldverhältnissen zulassen. Allerdings steht den Gegnern in gewissem Sinne § 356 HGB. zur Seite:

> „Wird eine Forderung, die durch Pfand, Bürgschaft oder in anderer Weise gesichert ist, in die laufende Rechnung aufgenommen, so wird der Gläubiger durch die Anerkennung des Rechnungsabschlusses nicht gehindert, aus der Sicherheit insoweit Befriedigung zu suchen, als sein Guthaben aus der laufenden Rechnung und die Forderung sich decken.
>
> Haftet ein Dritter für eine in die laufende Rechnung aufgenommene Forderung, so findet auf die Geltendmachung der Forderung gegen ihn die Vorschrift des Abs. 1 entsprechende Anwendung".

Die Wirkung der Novation ist, daß die bisherige Schuld, jede in die Berechnung gezogene Einzelforderung durch die Umwandlung vollständig getilgt wird und an sich die etwa damit verbundenen Nebenrechte und Vorgänge: Bürgschaft, Pfandrecht, Zinsverpflichtung, Vorzug im Konkurs, Schiedsgerichtsabrede usw., aufgehoben werden. Die besonderen Verhältnisse der alten Schuld, der Einzelforderung gehen die neue Schuld nichts an. Wenn nun diese logischen Rechtsfolgen der Novation

durch § 356 HGB. durchbrochen werden, so darf man deshalb nicht aus juristischen Konstruktionsbedenken das ganze Kontokorrentgebilde zerstören. Der Geschäftsverkehr entwickelt sich nicht nach juristischen Begriffen, sondern nach den praktischen Bedürfnissen, und dem hat der Gesetzgeber durch eine Durchbrechung jener Grundsätze Rechnung getragen. Die Sonderheiten, die für eine Einzelforderung bestellt sind, sollen nach dem Willen des Gesetzgebers fortbestehen. Die juristische Konstruktion erscheint auch nicht schwierig. Man braucht nicht zu der Aushilfe einer Verselbständigung des Mobiliarpfandrechts zu greifen, wie es Staub tut (§ 356 Anm. 2: „Die Bürgschaft wird zur selbständigen Obligation, das Pfandrecht zur Sachbelastung nach Art der Grundschuld, die Hypothek zur Grundschuld, die Mithaftung zur Alleinhaftung"), vielmehr gehen kraft positiver Rechtsvorschrift die Sicherheitsrechte auf die Saldoforderung über (ebenso Makower zu § 356). Das Ziel des Kontokorrentverkehrs, im Interesse der Vereinfachung des Geschäftsverkehrs die Vielheit der Forderungen durch die eine Saldoforderung zu ersetzen, dürfte die Rechtsstellung des Gläubigers nicht verschlechtern, und diesem praktischen Bedürfnis hat das Gesetz Rechnung getragen, indem es die Forderung aus dem Saldo der Sicherheit an Stelle der ursprünglichen Forderung substituiert. Es kann auch nicht zugegeben werden, daß der Wortlaut des Gesetzes dem widerspricht. Wenn § 356 HGB von einem „sich decken" des Guthabens aus der laufenden

Rechnung und der pfandrechtlich gesicherten Forderung rede, meint Oertmann a. a. O. S. 138, so unterstelle das Gesetz damit, daß diese neben der Saldoforderung noch Bestand haben könne, und bestreite damit der Abrechnung die novatorische Wirkung. „Decken" könnten sich nur zwei gleichzeitige Forderungen; es sei untunlich, anzunehmen, daß § 356 Abs. 1 a. E. die „Forderung" nur als eine früher gewesene, aber nun nicht mehr bestehende erwähne. Ganz abgesehen davon aber, daß die Forderungen rein buchmäßig im Kontokorrent als Rechnungsposten sichtbar einander gegenüberstehen und schon hieraus sich der Ausdruck rechtfertigt, vollzieht sich der Übergang der Sicherheiten mit der Anerkennung des Saldos. Die Einzelforderung erlischt erst in dem Augenblick der Entstehung der Saldoforderung, und in diesem Moment ist die Sicherheit bereits übergegangen. Das Gesetz will und kann überhaupt nicht von einer früher vorhanden gewesenen Forderung sprechen, da die Sicherheit eben gerade eine vorhandene, gültige Forderung voraussetzt, von welcher sie auf die Saldoforderung überspringt. Es spricht überhaupt nicht von dem Zeitpunkt der vollzogenen Anerkennung aus, sondern regelt allgemein die Rechtslage, wie sie auf alle bestehenden und künftigen derartigen Rechtsverhältnisse Beurteilung zu finden hat. Im anderen Fall müßte es auch heißen: „War eine Forderung" — nicht „wird eine Forderung ... in die laufende Rechnung aufgenommen.

Wenn schließlich Cosack dem Anerkenntnis die novatorische Kraft versagt, weil dieses bloß eine Bestätigung des vorhandenen Rechtszustandes bezweckt, so liegt darin eine Verkennung des Wesens des Kontokorrentverhältnisses. Nicht eine Bestätigung, sondern gerade eine Änderung wird im geschäftlichen Leben damit bezweckt. Dem Vortrag auf neue Rechnung kann aber entgegen Cosack eine novatorische Wirkung nicht beigemessen werden. Die Einstellung einer Forderung in das Kontokorrent bewirkt zunächst keine Novation (Staub Anm. 20 zu § 355; ebenso Cosack a. a. O.). Eine besondere Abmachung, durch den Vortrag eine neue Forderung begründen zu wollen, liegt den Parteien völlig fern. Im Vortrag auf neue Rechnung ist, wie Makower § 356 V treffend ausführt, nichts zu finden als „die Unterwerfung des Überschusses unter die neue Laufrechnung". Es führt auch zu einem durchaus unbefriedigenden Ergebnis, daß dann, wie Cosack annimmt, eine Sicherung durch Pfandrecht oder Bürgschaft, die für eine Einzelforderung bestand, auf den Saldovertrag nicht übergeht, sondern erlischt, während ausdrücklich der Übergang bei Anerkennung des Saldos in § 356 HGB. gesetzlich normiert wird.

II. Arten der Sicherheiten.

Im Handelsverkehr ist es eine häufige Erscheinung und in dem Geschäftsverkehr der Banken fast als üblich zu bezeichnen, daß von zwei miteinander im Kontokorrentverkehr stehenden Kontrahenten der wirtschaftlich stärkere, wenn er dem anderen kreditieren will, Sicherheiten fordert. Diese Sicherheiten können schon kraft Gesetzes bestehen wie das Zurückbehaltungsrecht des Kommissionärs an dem von ihm besessenen Kommissionsgut gemäß §§ 397, 398 BGB., welches namentlich auch bei Banken, die sehr oft bei Anschaffung von Wertpapieren für ihre Kunden als Kommissionär auftreten, eine große Rolle spielt. Oder aber sie beruhen auf einer besonderen Vereinbarung und können da entweder von dem Kreditsuchenden durch Übertragung von Werten aus seinem eigenen Vermögen (z. B. Verpfändung von Waren, Zession von Forderungen, Hypothek) oder mit Hilfe Dritter (Bürgschaft, Übernahme der Mithaftung, Verpfändung) — jedes allein oder mehrere dieser Arten in Verbindung miteinander — gestellt werden. Die vertragsmäßige Einräumung einer Sicherheit zwischen den Kontokorrentbeteiligten kann nun wiederum entweder für eine einzelne, aber in den Kontokorrent gestellte Forderung oder für

den am Schlusse einer oder mehrerer Kontokorrentperioden sich ergebenden Kontokorrentsaldo erfolgen.

Im nachfolgenden soll im einzelnen dargestellt werden, in welcher Weise derartige Rechtsverhältnisse durch die Eigenart des Kontokorrentverhältnisses beeinflußt werden.

III. Sicherheitsleistung für einzelne Kontokorrentforderungen.

Wie wir gesehen haben, erlöschen Sicherheiten, welche für einzelne in die laufende Rechnung aufgenommene Forderungen des Gläubigers bestehen, nicht durch die Anerkennung des Rechnungsabschlusses (§ 356 HGB.), vielmehr wird die Forderung aus dem Saldo der Sicherheit an Stelle der ursprünglichen Forderung substituiert; der Gläubiger kann insoweit Befriedigung aus der Sicherheit suchen, als sein Guthaben aus der laufenden Rechnung und der Forderung sich deckt, d. h. genau so, wie wenn die ursprüngliche Forderung noch bestünde, und zwar bis zu dem Betrage, den der Gläubiger aus dem Kontokorrentverkehr noch zu fordern hat. Dies gilt in gleicher Weise sowohl für die gesetzlichen als die vertraglich vom Schuldner oder Dritten eingeräumten Sicherheitsrechte. Die Forderung als solche geht durch die Anerkennung des gezogenen Saldos unter, die Sicherheit bleibt kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift für den Saldo bestehen. Dies ist aber auch das einzige, was von den früheren Rechtsverhältnissen erhalten bleibt.

Da von vornherein das Kontokorrentverhältnis die Tilgung der Einzelforderungen und Ersatz dieser Vielheit durch die Überschußforderung zum Ziel hat, können zunächst die einzelnen Forderungen nicht früher geltend gemacht werden als nach Schluß der Rechnungsperiode; sie gelten sämtlich als bis dahin gestundet. Dies gilt insbesondere auch von dem auf neue Rechnung vorgetragenen Saldo (vgl. ROHG. Bd. 16 S. 309; RG. Bd. 56 S. 23 u. a.). Dies kommt selbstredend auch dem Bürgen oder Drittverpfänder zugute. Beide können die dem Hauptschuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden geltend machen (§§ 768, 1211 BGB.). Die Stundung ist allerdings mit Rücksicht darauf, daß jede Partei die Geschäftsverbindung durch Kündigung jederzeit (dies wird in den meisten Kontokorrentbedingungen insbesondere der Banken noch ausdrücklich betont) nach freiem Ermessen aufheben kann, in ihrer Wichtigkeit beschränkt. Indes ist es doch immer ein Unterschied, wie Cosack S. 331 richtig betont, zwischen einer nicht gestundeten, also nicht fälligen, aber zu jederzeit kündbaren Forderung. Insbesondere ist die Verjährung der Einzelforderung bis zum Ende des Kontokorrentverhältnisses gehemmt. Erst mit Beendigung des Kontokorrents (vgl. Staub § 355 Anm. 16), also bei Ablauf der Kontokorrentperiode, Kündigung, vertraglicher Aufhebung (nicht schon privater Saldoziehung, da diese den Beteiligten jederzeit zur Prüfung der Geschäftslage anheimsteht und ohne rechtliche Bedeutung ist, sofern

nicht Zusendung an den Kontrahenten mit dadurch zum Ausdruck kommender Kündigung erfolgt) beginnt die Verjährung der Einzelforderungen zu laufen, und zwar gemäß den für diese nach allgemeinen Grundsätzen maßgeblichen Verjährungsfristen. Solange eine Anerkennung des Rechnungsabschlusses fehlt, laufen also z. B. von dem Schluß der Kontokorrentperiode die kurzen Verjährungsfristen des § 196 BGB.

Mit der Saldofeststellung aber, d. h. der Anerkennung des von dem einen Beteiligten an den anderen übersandten Rechnungsabschlusses seitens des anderen Kontrahenten, tritt eine Novation ein, die bisherigen Schuldverhältnisse erlöschen, und an deren Stelle tritt die neue, auf selbständigem Rechtsgrunde beruhende Forderung, das Saldoguthaben. Sein Rechtsgrund ist die beiderseitige Feststellung, ohne daß auf die zugrunde liegenden Posten zurückgegriffen werden darf (ROHG. Bd. 3 S. 4, Bd. 10 S. 55). Demgemäß geht auch die Verjährung des Anspruchs auf den festgestellten Saldo ihren selbständigen Gang; sie unterliegt nicht den kürzeren Fristen der einzelnen Posten, weil der Saldo auf selbständigem Rechtsgrunde beruht, sondern den Fristen der ordentlichen Verjährung (vgl. Bolze Bd. 16 Nr. 143; Staub § 355 Anm. 32; and. M. Marioth a. a. O. S. 28 und die oben zitierten Gegner der Novationstheorie). Die von Marioth angezogenen Fälle: Anspruch auf Minderung des Kaufpreises wegen mangelhafter Ware, die einjährige Frist gegenüber dem Spediteur wegen Verlust,

Beschädigung und verspäteter Ankunft des Frachtguts gehören nicht hierher. Denn diese Ansprüche sind nach dem oben Gesagten überhaupt nicht geeignet, in dem Kontokorrent Aufnahme zu finden. Über Verjährung von Wechselforderung s. unten. Dies trifft aber auch den Bürgen. So wenig dieser den Einwand, die Hauptschuld sei untergegangen, erheben kann, so wenig kann er unter Hinweis auf die kürzere Verjährungsfrist der früheren Forderung der Inanspruchnahme auf Grund der Saldoforderung die Verjährung geltend machen.

Selbstredend ist unbedingte Voraussetzung, daß die Forderung auch tatsächlich in das Kontokorrentverhältnis gehört. An sich haben es die Parteien in der Hand, die Geschäfte, auf welche sich die Kontokorrentbeziehung erstrecken soll, bei Eingehung ihres Rechnungsverhältnisses zu bestimmen; es besteht auch die Möglichkeit, daß zwischen denselben Parteien mehrere Kontokorrente vereinbart und geführt werden. Liegen jedoch keine Anhaltspunkte vor, woraus eine Begrenzung der in die laufende Rechnung gehörigen Negoziationen hervorgeht, so ist mit Greber a. a. O. S. 57/58 in dubio anzunehmen, daß sämtliche auf den gewöhnlichen Geschäftsverkehr bezüglichen Geldverbindlichkeiten in den Kontokorrentnexus eintreten sollen. Dies muß zunächst auch für diejenigen pfand- und sonstwie gesicherten Forderungen gelten, für welche die Sicherheit aus dem eigenen Vermögen des Schuldners bestellt worden ist, gleichgültig ob sie vor oder nach Begründung des Kontokorrent-

verhältnisses entstanden sind. Wie steht es aber, wenn die Sicherheit von einem Dritten bestellt oder eine Mithaftung übernommen ist? Die Frage steht in engem Zusammenhang mit derjenigen nach der Wirkung der Saldofeststellung auf den Umfang der Pfandhaftung.

§ 366 BGB. bestimmt:

„Ist der Schuldner dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet und reicht das von ihm Geleistete nicht zur Tilgung sämtlicher Schulden aus, so wird diejenige Schuld getilgt, welche er bei der Leistung bestimmt. Trifft der Schuldner keine Bestimmung, so wird zunächst die fällige Schuld, unter mehreren fälligen Schulden diejenige, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, unter mehreren gleich sicheren die dem Schuldner lästigere, unter mehreren gleichlästigen die ältere Schuld und bei gleichem Alter jede Schuld verhältnismäßig getilgt".

Die gleiche Bestimmung trifft § 396 BGB. für die Aufrechnung. Nun ist zunächst klar, daß die Anwendung des ersten Teiles dieser Bestimmung ausgeschlossen ist, da ja gerade der Kontokorrentvertrag bewirkt, daß die beiderseitigen Geldansprüche zu einer untrennbaren Einheit verbunden werden, die Auf- oder Verrechnung erst am Schluß der Kontokorrentperiode eintritt. Es könnte aber in Frage kommen, ob die gesetzlichen Imputationsregeln Anwendung finden. Dies ist für den Bürgen und Drittverpfänder von eminenter Wichtigkeit. Denn unter

mehreren pfandrechtlich versicherten Forderungen, die dem Gläubiger gleichmäßige Sicherheit bieten, wird je die ältere Schuld zuerst getilgt; es würden also insoweit die älteren Kontokorrentposten als vor den jüngeren durch die Abrechnung getilgt gelten, das Pfand, der Bürge also frei werden. Lehmann-Ring und Oertmann a. a. O. S. 139 und andere, welche den Fortbestand der Einzelforderung nach der Saldofeststellung annehmen und auch für das Recht des Gläubigers, aus der Sicherheit nach § 356 HGB. Befriedigung zu suchen, die Voraussetzung stellen, daß die Forderung noch besteht, bejahen in der Tat auch diese Frage. Ebenso will auch Litthauer-Mosse (Anm. 2) Sicherheit und Mithaftung untergehen lassen, wenn die gesicherte Forderung nach den zivilrechtlichen Regeln über die Anrechnung verschiedener Zahlungen und Gegenforderungen als getilgt erscheine. Sonst würde, so begründet er, eine nach diesen Regeln getilgt erscheinende Forderung zum Schaden der Sicherheitssteller oder Mithafter wiederaufleben, wenn nachträglich neue Belastungen auf dem Konto des Hauptschuldners gebucht werden. Diese Auffassung kann nicht als zutreffend erachtet werden. Sie widerspricht dem Wesen des Kontokorrentverhältnisses, welches ja gerade die Bindung der Einzelforderung, den Ausschluß der besonderen Geltendmachung und Tilgung der Einzelforderungen zum Inhalt hat, und verkennt, daß einerseits überhaupt keine Tilgung stattgefunden, andererseits aber jeder, der für eine durch Kontokorrent-

abkommen gebundene Forderung Sicherheit bestellt, sich auch den hieraus ergebenden Rechtsfolgen unterwirft. Für den Umfang der Haftung entscheidet vielmehr ausschließlich der festgestellte Saldo, insoweit nicht dieser den Betrag der gesicherten Einzelforderung übersteigt. Mit Recht weist Staub (Anm. 4 zu § 356) darauf hin, daß die Bürgschaft und das Pfand nach ausdrücklichen Gesetzesvorschriften für den jeweiligen Bestand der Forderung haften und nur spätere Rechtsgeschäfte, die der Gläubiger mit dem Hauptschuldner vornimmt, die Haftung des dritten Verpfänders nicht erweitern können (§§ 767, 1210 BGB.). Die Unzulässigkeit der Anrechnung von Zahlungen und Gegenforderungen auf einzelne Forderungen des Kontokorrents beruht aber nicht auf einem solchen späteren Rechtsgeschäfte, sondern hat ihren Grund in dem bereits bestehenden Kontokorrentverhältnisse.

Hieraus beantwortet sich aber auch ohne weiteres unsere obige Frage, ob die Forderung, für welche von Dritten eine Sicherheit bestellt worden, ohne weiteres ins Kontokorrent gehört, insbesondere der Dritte die Wirkungen dieser Aufnahme gegen sich gelten lassen muß. War das Kontokorrentverhältnis erst nach der Pfandbestellung, Bürgschaftsübernahme usw. entstanden, so kann diese Forderung ohne weiteres nicht mit Wirkung gegen den Dritten in das Kontokorrent eingestellt werden, ja es muß auch zwischen den Kontokorrentbeteiligten, wie aus nachfolgendem sich ergibt, diese

Forderung als von der Einbeziehung in den Kontokorrentnexus ausgeschlossen gelten. Ist die Sicherheit von dem Dritten während bereits bestehendem Kontokorrentverhältnis bestellt worden, so kommt es darauf an, ob dem Bürgen oder Drittverpfänder bei Übernahme der Verpflichtung bezw. bei der Sicherheitsbestellung bekannt war, daß die Beteiligten im Kontokorrentverhältnis stehen, bezw. die fragliche Forderung in den Kontokorrent aufgenommen werden soll. Haben die Parteien es unterlassen, dem Bürgen usw. hiervon Mitteilung zu machen, so kann die Einbeziehung jedenfalls nicht dem Bürgen gegenüber geltend gemacht werden. Es ist aber auch ein rechtliches Unding, daß etwa unter den Kontokorrentbeteiligten die Forderung als Kontokorrentforderung gelten, dem Bürgen gegenüber aber diese Eigenschaft entbehren könnte (and. M. Staub Anm. 4 zu § 536). Denn während der Kontokorrentperiode ist die Geltendmachung der Forderung gegen den Bürgen unmöglich; dies gilt weniger wegen der Kontokorrenteinrede, da aus der Geltendmachung derselben seitens des Bürgen (§§ 768, 355 BGB.) auf ein Einverständnis des Bürgen mit der Einstellung in den Kontokorrent geschlossen werden könnte, als vielmehr wegen der Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB.), mit welcher der nicht selbstschuldnerische Bürge die Inanspruchnahme verhindern kann. Nach der Saldofeststellung aber ist die Forderung getilgt. Die Anwendung des § 356 BGB. ist dem Bürgen gegenüber ausgeschlossen,

da die Forderung, für welche er Bürgschaft geleistet, keine Kontokorrentforderung war, also auch nicht eine für Kontokorrentforderungen geltende Bestimmung entgegengehalten werden kann. Er kann also ohne weiteres den Einwand, daß die Hauptschuld untergegangen sei, erheben, so daß die Sicherheitsleistung illusorisch wird. Hierfür spricht auch noch folgendes: Der Ausschluß selbständiger Geltendmachung der Forderung sowie der Eintritt der Novation mit der Anerkennung des Rechnungsabschlusses ist eine Folge der Rechtsnatur, welche die Forderung durch die Einbeziehung in das Kontokorrentverhältnis angenommen hat. Es handelt sich nicht bloß um eine private Sonderabmachung zwischen den Kontokorrentisten, sondern um eine Wesenseigenschaft der Forderung, und es erscheint daher ausgeschlossen, daß jemand sich für eine Kontokorrentforderung unter Ausschluß der rechtlichen Folgen der Kontokorrentbeziehung für sich verbürgt; denn die Bürgschaft ist subsidiärer Natur; sie setzt eine ganz bestimmte Forderung voraus, nur für diese, nicht für eine andere kann die Nebenhaftung übernommen werden. Hieraus folgt, wenn die Kontokorrentwirkungen dem Bürgen gegenüber ausgeschlossen sind, d. h. wenn also diesem nichts von der Einbeziehung in den Kontokorrentnexus bekannt war, so ist entweder die Bürgschaftsübernahme rechtsungültig, weil die Forderung, für welche der Dritte sich verbürgt hat, gar nicht besteht, oder aber die Forderung ist von Einstellung in den Kontokorrent ausgeschlossen. Hieraus ergibt sich

die Regel, daß eine durch Verpfändung seitens dritter Personen, Bürgschaftsübernahme oder sonstwelche Mithaftungsübernahme gesicherte Forderung mangels entsprechender Abmachung mit dem Dritten nicht in den Kontokorrentnexus gehört. Dies muß natürlich erst recht auch bei wechselmäßig übernommener Mithaftung gelten. Aber auch sonst im Verhältnis zwischen den Kontokorrentbeteiligten sind Wechsel und kaufmännische Verpflichtungsscheine mangels ausdrücklicher anderweiter Abmachung nicht in den Kontokorrent einzusetzen. Dies folgt aus der besonderen Eigenart dieser Ansprüche, aus den das Wechselrecht beherrschenden formalen Vorschriften, welche die Wahrung gewisser Solennitäten binnen bestimmter kurzer Fristen bei Vermeidung des Verlustes des Anspruchs fordern. Durch seine Einstellung in den Kontokorrent verliert der Wechsel seinen Rechtscharakter als Wechsel nicht; es muß daher auch den Vorschriften der Wechselordnung Genüge geleistet werden. (Die Frage ist allerdings sehr bestritten; dagegen insbesondere Levy-Rießer S. 114—117; Greber S. 58; vgl. auch Mohr S. 111 ff.; Marioth S. 30 ff.; Klemmer S. 59 ff.; Staub Anm. 15 zu § 355 und andere.) Der separaten Einklagung steht aber der Kontokorrentvertrag entgegen, und es ergibt sich, daß ein Wechselanspruch, der den Zielen und dem Zweck des Kontokorrentvertrags widerspricht, für die Aufnahme in das Kontokorrent nicht geeignet ist. Sollen vielmehr die

Wechselansprüche in den Kontokorrent aufgenommen werden, und dessen Rechtswirkungen folgen, so muß dies ausdrücklich vereinbart oder nach Art der Geschäftsverbindung als beabsichtigt anzusehen sein (vgl. ROHG. Bd. 5 S. 399). In der Regel können daher solche Ansprüche besonders geltend gemacht werden, und zwar selbst dann, wenn bei Hergabe des Wechsels dessen Betrag dem Geber in laufender Rechnung gutgeschrieben worden ist (vgl. ROHG. Bd. 3 S. 145, Bd. 22 S. 337; Bolze Bd. 5 S. 548). So enthalten auch vorsorglich die Kontokorrent- und die Geschäftsbedingungen der Banken sämtlich einen Passus: „Bei Einbeziehung von Wechseln geschieht die vorherige Gutschrift selbstverständlich unter Vorbehalt des richtigen Eingangs“, und „die Bank ist berechtigt, an sie girierte Wechsel, die mit Protest zurückkommen, einschließlich Nebenforderungen gegen ihren Vormann sowie sonstigen Wechselverpflichteten, und zwar ohne Rücksicht auf das bestehende Rechtsverhältnis auch dann einzuklagen, wenn die Belastung in laufender Rechnung bereits erfolgt ist“.

Die durch gesetzliches Pfandrecht gesicherten Forderungen gehören selbstredend mangels anderweiter Abmachung ohne weiteres in den Kontokorrentnexus. Mit der Saldofeststellung erfährt daher auch das Pfandrecht des Kommissionärs eine Erweiterung, indem es ohne Rücksicht darauf, aus welchen Forderungen sich der Betrag des Saldos ergeben hat, in Höhe der pfand-

gesicherten Kommissionärsforderung für den Saldo haftet. Dem steht auch nicht etwa (als argumentum a contrario) die Bestimmung des § 397 HGB. entgegen, wonach das Pfandrecht nicht nur für konnexe, sondern auch „wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften“ gegeben wird. Das bedeutet: Wenn eine laufende Rechnung besteht, so kann das Pfandrecht zwar nicht wegen aller in dem Kontokorrent enthaltenen Forderungen, wohl aber wegen aller aus einem Kommissionsgeschäft entstandenen Forderungen geltend gemacht werden, und zwar auch dann, wenn es sich um ein ganz anderes, selbständiges Kommissionsgeschäft handelt, welches mit dem zum Pfand dienenden Gut überhaupt keinen Bezug hat (vgl. u. a. RG. Bd. 9 S. 430; Cosack § 43 II, 13b; Regelsberger a. a. O. S. 21). Man könnte hieraus schließen, daß das Gesetz hiermit auch innerhalb des Kontokorrentverhältnisses die Grenze der Haftung regeln wollte. Ganz abgesehen davon aber, daß mit Lehmann-Ring (§ 397 Nr. 7; ebenso u. a. Oertmann a. a. O. S. 137; Staub zu § 397) diese Bestimmung durchaus kein eigentliches Kontokorrentverhältnis voraussetzt, ist sie auch bei Vorliegen eines Kontokorrents von erheblicher Bedeutung, nämlich wenn oder solange eine Anerkennung des Rechnungsabschlusses nicht erfolgt ist. Erst mit der Saldofeststellung tritt die materiell über die gesetzliche Regelung des § 397 HGB. hinausgehende Pfandhaftung gemäß § 356 HGB. ein.

Die gleichen Grundsätze greifen auch für das Zurückbehaltungsrecht Platz. Es ist zunächst an das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht der §§ 369 ff. HGB. zu denken. Bedingung ist selbstredend, daß wegen einer in das Kontokorrent aufgenommenen Forderung ein solches gültig entstanden ist. Es müssen also 1. fällige Forderungen eines Kaufmanns gegen einen Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften sein, 2. bezüglich der Gegenstände, die zurückbehalten werden sollen, bewegliche Sachen und Wertpapiere des Schuldners, die mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des zurückbehaltenden Gläubigers gelangt sind. Dieses Zurückbehaltungsrecht soll also dem Kaufmann eine Sicherung gewähren für alle seine Ansprüche gegen den Schuldner, es gipfelt in dem pfandartigen Verkauf der zurückbehaltenen Sache (§ 371 HGB.). Darin unterscheidet es sich wesentlich von dem gewöhnlichen Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Denn das letztere setzt entweder voraus, daß jemand aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat, und bewirkt dann die Berechtigung, die geschuldete Leistung zu verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt ist, oder daß jemand zur Herausgabe einer Sache verpflichtet ist und ihm wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch den Gegenstand verursachten Schadens ein

fälliger Anspruch zusteht, und besteht dann in der Befugnis, die im Besitze des Gläubigers befindliche Sache des Schuldners zurückzubehalten. Diese Voraussetzungen müssen bei der in das Kontokorrent aufgenommenen Forderung zutreffen. Dann steht aber auch der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nichts entgegen. Denn die Einstellung in das Kontokorrent bewirkt zunächst, wie oben dargetan, keine Novation; die einzelnen Posten bleiben Forderungen aus Kauf usw., und es bleiben daher auch die Einreden aus dem ursprünglichen Rechtsverhältnisse bis zur vollzogenen Abrechnung zulässig (vgl. Staub § 355 Anm. 20). Auch der Umstand, daß durch den Kontokorrent die selbständige Geltendmachung der Einzelposten ausgeschlossen, also eine Fälligkeit nicht vorliegt, steht nicht entgegen, da nach dem ganzen Zweck des Kontokorrentverkehrs gerade die Sicherungsrechte, zu denen auch das Retentionsrecht gehört, dem Gläubiger erhalten bleiben sollen (vgl. Oertmann a. a. O. S. 142). Nach der Saldofeststellung gelten die Grundsätze des § 356 BGB. Sind jene Voraussetzungen in den der Einzelforderung zugrunde liegenden Rechtsverhältnissen nicht gegeben, so ist auch ein Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen, insbesondere vermag die Aufnahme verschiedener Ansprüche in ein Kontokorrentverhältnis kein Zurückbehaltungsrecht zu begründen. Gilt dies für das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht schon aus dem Grunde, weil, wie Oertmann a. a. O. S. 141 zutreffend ausführt, es sich ja

nicht um Herausgabeansprüche auf Sachen des Berechtigten handelt, sondern um Ansprüche auf Leistung von Geld, das dem Kläger erst zu Eigentum verschafft werden soll, so kann dies auch für das gewöhnliche Zurückbehaltungsrecht nicht zutreffen, da ja für die Forderung ausschließlich der alte Entstehungstatbestand maßgebend bleibt; der Kontokorrent bewirkt zwar „eine Vereinheitlichung der einbezogenen Posten, aber nur eine Vereinheitlichung der Geltendmachung, nicht eine solche des Rechtsgrundes, auf dem sie beruhen". Nur hierauf kommt es an, und es ergibt sich somit lediglich aus den Entstehungstatbeständen, ob die in den Kontokorrent angenommenen Ansprüche konnex sind.

Beachtenswert ist übrigens, daß die den Banken nach allgemeinen Grundsätzen zustehenden Sicherungsrechte durch die allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche zum Gegenstande des Kontokorrentvertrages gemacht werden, meist eine erhebliche Erweiterung erfahren. Fast alle Bedingungen der Banken für den Kontokorrent- und Geschäftsverkehr enthalten einen Passus folgenden Inhalts:

„Alle Wertpapiere ihrer Kommittenten einschließlich dazugehöriger Zinsrenten oder Gewinnanteilscheine sowie Wertstücke jeder Art, insbesondere auch Waren und Forderungen, welche im Laufe des Geschäftsverkehrs oder aus einem anderen Anlaß in den Besitz oder in die Verwahrung der Bank gelangen und nicht

als fremdes Eigentum bezeichnet sind (als fremd bezeichnete Papiere sind nur für diejenigen Ansprüche verpfändet, die mit Bezug auf diese Papiere für die Bank entstanden sind), ebenso etwaige Guthaben ihrer Geschäftsfreunde aus Scheck-, Depositen- oder sonstigen Rechnungen mit ihr, ihren Niederlassungen, Filialen, Depositenkassen oder Agenturen, dienen der Bank als Pfand zur Sicherheit für ihre bestehenden oder künftigen Forderungen, aus welchem Rechtsgrunde sie auch entstanden sein mögen, sowie für das jeweilig schwebende Wechselobligo. Die Bank ist im Falle des Verzuges des Kommittenten in bezug auf teilweise oder vollständige Zahlung ihres Guthabens oder von ihr verlangte Verstärkung des Pfandes ohne weitere Aufforderung, Fristbestimmung wie Androhung des Verkaufs berechtigt, die Pfandstücke einschließlich pfandweise abgetretener Forderungen aller Art zu einem beliebigen Zeitpunkte und an einem ihr geeignet erscheinenden Orte auf einmal oder nach und nach zwecks ihrer Befriedigung gemäß §§ 1221 u. 1235 BGB. zu verkaufen, pfandweise abgetretene Forderungen überdies ohne Rücksicht auf die Fälligkeit der Ansprüche und ohne Mitwirkung des Kommittenten zu kündigen und ganz einzuziehen, Kontokorrentguthaben zu verrechnen sowie schwebende Engagements sofort ganz oder teilweise zu lösen".

An der gültigen Entstehung dieser Pfandrechte kann kein Zweifel bestehen; es wird in dieser Beziehung

auf die zutreffenden Ausführungen bei Oertmann a. a. O. S. 139 verwiesen.

Sind also für eine in den Kontokorrent aufgenommene Forderung Sicherheiten begründet, so kann der Gläubiger, wie wir bereits oben gesehen, auch nach der Saldofeststellung Befriedigung aus ihnen suchen, und zwar insoweit, als sein Guthaben aus der laufenden Rechnung und die Forderung sich decken, d. h. er kann das Pfandrecht usw. so geltend machen wie bei Fortbestehen der Forderung, und zwar bis zu dem Betrag, den der Gläubiger zurzeit aus dem Kontokorrentverkehr noch zu fordern hat. Ist daher die pfandgesicherte Forderung niedriger als der Kontokorrentsaldo, so kann er nur jenen Betrag der Forderung beanspruchen; ist der Kontokorrentsaldo niedriger, so kann er nur diesen fordern. Nach zwei Richtungen ergeben sich aber hier wichtige Zweifel: 1. Ist nämlich der Saldo höher als die ursprüngliche Forderung — z. B. der Saldo 10 000 Mk., die pfandgesicherte Forderung nur 6000 Mk. —, so fragt sich, wie ist die Haftung des Pfandes bis zum Betrag der ursprünglichen Forderung auszulegen? Haftet die Sicherheit nur für den ersten der Forderung gleichkommenden Teilbetrag des Saldos, also 6000 Mk., so daß mit deren Bezahlung die Sicherheit frei wird, oder haftet sie zwar nur in deren Höhe (6000 Mk.), aber bis zur Bezahlung des ganzen Saldos (10 000 Mk.)? Die Frage ist von großer praktischer Bedeutung. Es ist klar, daß im letzteren Fall das Risiko des Bürgen oder Drittverpfänders

durch Einstellung der Forderung in den Kontokorrent ganz erheblich wächst, denn die Gefahr der Inanspruchnahme ist eine ganz andere, ob er auf 6000 Mk. haftet innerhalb eines Saldos von 6000 Mk. oder eines solchen von 10 000 Mk. oder gar 50 000 Mk.! Das Gesetz gibt für eine Entscheidung dieser Frage keinen Anhaltspunkt; sie muß vielmehr aus der rechtlichen Bedeutung der Saldofeststellung und des Fortbestehens der Sicherheiten gefunden werden. Nach der hier vertretenen Ansicht tritt die Forderung auf den festgestellten Saldo an die Stelle der ursprünglichen pfandgesicherten Einzelforderung. Nicht etwa ein entsprechender Teil, sondern die ganze Saldoforderung, so wie sie sich bei dem Rechnungsabschluß ergibt, wird der Sicherheit an Stelle der ursprünglichen Forderung substituiert. Eine Inanspruchnahme der Sicherheit findet allerdings nur insoweit statt, als sich beide decken, die Sicherheit haftet aber mit dieser Beschränkung bis zur vollen Höhe der Saldoforderung. Es kann hierin auch keine ungerechtfertigte Schlechterstellung des Bürgen oder Drittverpfänders erblickt werden, da er ja, wie wir oben gesehen, damit einverstanden sein muß, daß die Forderung in den Kontokorrent aufgenommen wurde, mit dieser Einstellung muß er naturgemäß auch die sich hieraus ergebenden Nachteile tragen. Für den selbstverpfändenden Schuldner gilt dies ohne weiteres.

2. Die zweite wichtige Frage ist, welches Schicksal erfährt die Sicherheit bei Fortsetzung des Konto-

korrentverkehrs seitens der Kontokorrentbeteiligten, kann insbesondere die Sicherheit, wenn der derzeitige Saldo niedriger als die pfandgesicherte Einzelforderung war, bei späterem höheren Saldobetrage wieder in vollem Umfange in Anspruch genommen werden? Wird der Saldo vom Gläubiger im Einverständnis mit dem Hauptschuldner auf neue Rechnung vorgetragen, so verliert er seinen Charakter als selbständige Forderung und wird zu einem Faktor der neuen Rechnung, d. h. er kann nicht mehr gesondert geltend gemacht werden und unterliegt denselben Grundsätzen wie jeder sonstige Einzelposten eines Kontokorrents. Insbesondere bleibt, wie bereits oben ausgeführt, die Sicherheit für die Saldoforderung auch durch den Vortrag auf neue Rechnung unberührt; wird alsdann ein neuer Saldo gezogen, so geht die für den ersten Posten dieser Schlußrechnung, nämlich den vorhergehenden Saldo, bestehende Sicherheit gemäß § 356 HGB. auf den nunmehrigen neuen Saldo über. Zunächst entsteht wieder die Frage, inwieweit es des Einverständnisses des Dritten, welcher für eine Kontokorrentforderung Sicherheit geleistet hatte, bedarf, um die Saldoforderung auf neue Rechnung vorzutragen. Mit der Saldofeststellung ist eine Kontokorrentperiode und damit ein Kontokorrentverhältnis abgeschlossen, die Fortführung des Kontokorrentverkehrs ist juristisch nicht eine Fortsetzung des alten, sondern Begründung eines neuen Kontokorrentverhältnisses, dessen eigentümlicher und materieller Zusammenhang zu dem

vorgehenden allerdings darin besteht, daß dessen Saldo als erster Posten der neuen Rechnung erscheint. Der Fall liegt also tatsächlich genau so, wie wenn eine beliebige andere pfandgesicherte Forderung aufgenommen werden soll. Es gelten also wiederum die oben erläuterten Grundsätze, und es bedarf der ausdrücklichen Zustimmung des Dritten, welcher die Sicherheit geleistet hatte; aus der bloßen Einwilligung zur Einstellung der Forderung in den ersten Kontokorrent kann nicht ohne weiteres das Einverständnis zum Vortrag des Saldos auf neue Rechnung gefolgert werden. Verweigert der Bürge, Drittverpfänder oder sonstiger Mithaftender die Zustimmung, so muß der Saldo selbständig geltend gemacht und reguliert werden; trägt der Gläubiger ungeachtet dessen den Saldo, auf welchen die Sicherheit übergegangen ist, im Einverständnis mit dem Hauptschuldner auf neue Rechnung vor, so wird der Bürge usw. mit der neuen Saldofeststellung frei, indem er dem Gläubiger den Einwand, daß die Hauptschuld untergegangen sei, entgegenhalten kann. Willigt dagegen der Bürge usw. in den Vortrag des Saldos auf neue Rechnung ein, so entsteht die in der Literatur vielbestrittene Frage, in welchem Umfang der Bürge oder das von dem Dritten gestellte Pfand haftet, wenn der festgestellte Saldo niedriger als die ursprüngliche Forderung war, der bei Fortsetzung des Kontokorrents anerkannte spätere Saldo aber wieder den früheren übersteigt, vielleicht sogar höher ist als die ursprüng-

liche Einzelforderung, für welche die Sicherheit bestellt war, z. B. Einzelforderung 6000 Mk., erster Saldo 4000 Mk., zweiter Saldo 10000 Mk. Nach der hier vertretenen Auffassung entscheidet sich die Frage sehr leicht. Die Saldoforderung ist der Sicherheit an Stelle der früheren Einzelforderung substituiert, der Vortrag auf neue Rechnung ist genau so zu bewerten wie die Einstellung einer beliebigen anderen pfandgesicherten Forderung in den Kontokorrent, und die für sie gültige Sicherheit bleibt zwar nach Anerkennung des neuen Rechnungsabschlusses gemäß § 356 HGB. fortbestehen, kann aber wiederum nur insoweit geltend gemacht werden, als das nunmehrige Guthaben aus der laufenden Rechnung und die in dieses Kontokorrent aufgenommene pfandgesicherte Forderung — nämlich die vorgehende Saldoforderung, nicht etwa die getilgte ursprüngliche Einzelforderung — sich decken. Hieraus ergibt sich ohne weiteres, daß die Sicherheit nur für den niedrigsten Saldo in Anspruch genommen werden kann, welcher seit Einstellung der ursprünglich gesicherten Forderung in die laufende Rechnung bis zur Beendigung des Kontokorrentverkehrs gezogen worden ist. (Im Ergebnis ebenso RGE. Verein. Zivilsenat v. 7. 12. 1907 Rep. V 122/07 in Leipz. Zeitschr. 1908 S. 158; Staub Anm. 2 zu § 356; Denkschr. S. 214; Mohr S. 100; Kemmer S. 112 u. a.) Hiergegen wenden sich insbesondere Düringer-Hachenburg (Note 2 Abs. 1 zu § 356), indem sie davon ausgehen, daß kein Übergang der Sicherheit auf

die Saldoforderung stattfinde, sondern die alte Forderung bestehen bleibe, soweit es sich um Geltendmachung der Sicherheit handle; dies müsse für jede Periode des fortgesetzten Kontokorrentverkehrs gelten. Es erfordere daher die Rechtskonsequenz, gegen die Auffassung der Denkschrift dahin zu entscheiden, daß die Sicherheit der einzelnen Forderung während der ganzen Dauer des Kontokorrentverkehrs fortbestehe, soweit Forderung und Saldo sich decken, d. h. bis zur Höhe des „jeweiligen" Saldos. Dieses an sich folgerichtige Ergebnis muß aber als auf einer falschen Prämisse beruhend abgelehnt werden. Es ist nicht erfindlich, inwiefern für die Sicherheit, quoad pignus, die Forderung fortbestehen soll, obgleich durch die Anerkennung des Saldos eine Aufrechnung und Tilgung der Einzelforderungen stattgefunden hat. Wenn schließlich Roth a. a. O. S. 361 ff. meint, daß die Haftung der Sicherheit durch das Aufgehen der gesicherten Forderung im Saldo dem Gläubiger nicht verkümmert werden sollte, und man diesem in § 356 HGB. zum Ausdruck gebrachten gesetzespolitischen Gedanken nur dann ganz gerecht werde, wenn man jeden während des Kontokorrentverkehrs gezogenen Saldo, insbesondere auch den bei Beendigung des Kontokorrentverhältnisses gezogenen Schlußsaldo, als in Höhe der ursprünglichen Forderung gesichert betrachte, so verkennt er die rechtliche Bedeutung dieser aneinandergereihten Kontokorrente als selbständige Rechtsverhältnisse. Die Anerkennung des Saldos schließt

eine Kontokorrentperiode ab und stellt ein für allemal das Ergebnis fest. Mit dem Vortrag auf neue Rechnung wird ein neues Kontokorrentverhältnis begründet; dieses hat also nicht etwa seinen Grund in dem bei Übernahme der Bürgschaft usw. bereits bestehenden Kontokorrentverhältnisse, sondern beruht auf einem besonderen, neuen Rechtsgeschäfte. Durch ein späteres Rechtsgeschäft aber, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt, kann die Verpflichtung des Bürgen usw. nicht erweitert werden. Man kann auch nicht etwa aus der Zustimmung des Dritten in den Vortrag des Saldos auf eine dahingehende Abmachung schließen, daß die Sicherheit für den ganzen kommenden Saldo bis zur Höhe der ursprünglichen Forderung haften solle. Ein derartiger Schluß wäre durch nichts gerechtfertigt. Denn abgesehen davon, daß es zur Übernahme einer erneuten weiteren Haftung bei dem Hauptfall, der Bürgschaft, der Schriftform zur Gültigkeit bedürfte, ist auch nicht einzusehen, warum der Bürge durch den Saldovortrag stärker in Anspruch genommen werden sollte, als wenn er nach Feststellung des geringeren Saldos gezahlt hätte, nachdem doch gerade durch diese Saldoziehung sich ergeben, daß jedenfalls auch die ihn betreffende Hauptverbindlichkeit in Höhe der Differenz zwischen ihr und dem Saldo materiell getilgt worden ist. Betrug also die ursprünglich verbürgte Forderung 6000 Mk., der erste Saldo 10000 Mk., der zweite 4000 und der dritte 8000 Mk. und soll nach diesem die In-

anspruchnahme des Bürgen erfolgen, so haftet er nur für den niedrigsten Saldo in Höhe von 4000 Mk.

Sind mehrere Forderungen, die den Gesamtbetrag des Saldos übersteigen, durch verschiedene Pfänder usw. gesichert, so wird jeder dieser Sicherheiten an Stelle der ursprünglichen Forderung die Saldoforderung substituiert, und jedes Pfand haftet bis zur Höhe des Saldos, soweit die einzelne Forderung nicht hinter dem Betrag des letzteren zurückbleibt. Infolge dieser Substituierung der Saldoforderung tritt aber nun eine eigentümliche Wirkung zugunsten des Drittverpfänders und Bürgen ein, wenn der Hauptschuldner für die eine oder andere Kontokorrentforderung ein besonderes Pfand aus seinem eigenen Vermögen bestellt hat. Wir kommen hier auf die Frage nach der Regreßforderung des zahlenden Bürgen, der sich für eine einzelne Kontokorrentforderung verpflichtet hat. Zahlt zunächst der Bürge während der Kontokorrentperiode, wozu er sich z. B. auf Grund besonderer günstiger Vereinbarung mit dem Kontokorrentgläubiger veranlaßt sehen kann, so erlischt zwar die Bürgschaftsschuld, aber die Forderung des Gläubigers bleibt (sofern der Bürge nicht wie ein Dritter nach § 267 leistet) bestehen (vgl. Staudinger Anm. 1 zu § 774 BGB.). Der Gläubiger darf also nicht etwa die Zahlung des Bürgen im Kontokorrent des Schuldners diesem auf der Kreditseite gutschreiben, sondern da die Forderung nach dem Wesen des Kontokorrentvertrages von selbständiger Loslösung ausgeschlossen

ist, bleibt sie als solche auf der Debetseite stehen, wie wenn der Gläubiger von keiner Seite befriedigt wäre. Notwendigerweise muß aber die Forderung dann zugunsten des Gläubigers im Saldo zum Ausdruck kommen. Insoweit nun die Bürgschaftsforderung in dem Saldo enthalten ist, steht sie materiell dem Gläubiger nicht mehr zu. Die Forderung als solche konnte zwar infolge der Eigenart des Kontokorrentverhältnisses trotz § 774 BGB. nicht auf den Bürgen übergehen, da sie durch die Kontokorrentabrede von selbständigem Übergange ausgeschlossen ist (insoweit ist Staub Anm. 6 zu § 356 BGB. recht zu geben); wohl aber ist die Forderung des Gläubigers auf den künftigen Saldo gegen den Hauptschuldner in Höhe jener Forderung auf den Gläubiger übergegangen. Man darf sich nicht daran stoßen, daß die Forderung zwar beim Gläubiger verbleiben, die entsprechende Forderung auf den künftigen Saldo aber auf den Bürgen übergegangen sein soll. Die Gebundenheit während der Kontokorrentperiode ist eben eine Eigentümlichkeit des Kontokorrentverhältnisses; nichts schließt aber aus, die nach Beendigung des Kontokorrentverkehrs freiwerdende Forderung bezw. bei Anerkennung des Rechnungsüberschusses die an deren Stelle tretende Saldoforderung übergehen zu lassen, da auch künftige Forderungen abgetreten werden können und die hierfür geltenden Grundsätze auf die Fälle des gesetzlichen Forderungsüberganges entsprechende Anwendung finden. Eine

analoge Anwendung des in § 357 HGB. zum Ausdruck gebrachten Grundsatzes — daß der Vollstreckungsgläubiger das gegenwärtige Saldoguthaben pfänden und sich den Betrag überweisen lassen könne, der sich als Überschuß ergeben würde, wenn die Kontokorrentperiode im Augenblick der Pfändung abliefe — in dem Sinne, daß das gegenwärtige Saldoguthaben in entsprechender Höhe auf den zahlenden Bürgen übergehe und das Konto des Gläubigers insoweit belastet wird, als dessen gegenwärtiger Überschuß und die Bürgschaftsforderung sich decken, ist ausgeschlossen. Denn § 357 HGB. stellt einen gesetzlich normierten Sonderfall dar, der eine analoge Ausdehnung nach allgemeinen Grundsätzen nicht zuläßt. Der Übergang der künftigen Saldoforderung dagegen an Stelle des unmöglichen Übergangs der Kontokorrentforderung ist ebenso wie die Pfändung des dereinstigen Saldos ohne weiteres zulässig und entspricht nicht nur dem Prinzip des § 774 BGB., sondern dem Wesen und der Natur des Kontokorrentverhältnisses. Der Bürge hat infolge des Überganges die gleichen Rechte wie die Gläubiger. Mit der Benachrichtigung des Schuldners von der erfolgten Zahlung des Bürgen darf der Schuldner insoweit die Saldoforderung nicht mehr an den Gläubiger, sondern nur noch an den Bürgen berichtigen. Ebensowenig darf der Saldo in Höhe des auf den Bürgen übergegangenen Betrages vom Kontokorrentgläubiger auf neue Rechnung vorgetragen werden, sondern nur der etwa verbleibende Rest des Rechnungsüberschusses.

Schwierigkeiten bereitet nur der Fall, wenn nach Zahlung der Bürgschaftsschuld seitens des Bürgen während der Kontokorrentperiode der Schuldner seinerseits an den Gläubiger größere Zahlungen macht, auf Grund deren das Kreditkonto des Schuldners derart wächst, daß der bei dem Rechnungsabschluß sich ergebende Saldo geringer als die durch Bürgschaft gesicherte Forderung ist oder gar zugunsten des Forderungsschuldners ausfällt. In diesem Fall ist nicht nur die Bürgschaftsforderung durch die Saldofeststellung erloschen, sondern auch an deren Stelle nur eine geringere oder gar keine Saldoforderung getreten; infolgedessen ist für eine Regreßforderung des Bürgen gegen den Hauptschuldner insoweit kein Platz. Denn der Schuldner hat seine auch nach der Zahlung seitens des Bürgen tatsächlich fortbestehende Schuld durch die Abrechnung beglichen, und der Bürge hat nur eine andere, nämlich seine Bürgschaftsschuld bezahlt. Die Schuld des Bürgen war aber, wie sich herausstellt, nicht eine wirkliche, sondern nur vermeintliche Schuld oder besser, der Schuldgrund ist späterhin weggefallen; der Gläubiger, welcher infolgedessen doppelt — vom Hauptschuldner und Bürgen — Bezahlung erhalten hat, ist insoweit ungerechtfertigt bereichert und allerdings dem Bürgen zur Herausgabe des von ihm erhaltenen Betrages verpflichtet. Der Hauptschuldner hat indessen hiermit nichts zu tun und haftet insbesondere nicht für Erfüllung dieses Bereicherungsanspruches seitens des Gläubigers an den

Bürgen. Hierin liegt auch keine Härte für den letzteren, denn der Bürge war überhaupt nicht verpflichtet, die in den Kontokorrent aufgenommene Forderung vor der Abrechnung und Saldoziehung zu bezahlen. Tut er es dennoch, so geschieht es auf sein Risiko. Hat er irrtümlich, in dem Glauben, zur Leistung verpflichtet zu sein, vorzeitig gezahlt, so kann er während der Kontokorrentperiode, unabhängig von dem zu erwartenden Saldo, die Rückforderung gemäß §§ 813, 814 BGB. geltend machen, da seine Bürgschaftsverbindlichkeit eine aufschiebend bedingte, ungewisse Schuld ist, also Leistung einer Nichtschuld vorlag (vgl. RG. Bd. 71 S. 317; Staudinger zu § 812 I, 4a und zu § 813 Bem. 3). Ist allerdings bis zur Geltendmachung dieses Rückforderungsanspruchs die Kontokorrentperiode inzwischen abgelaufen und Abrechnung erfolgt, so kann der Bürge nach dem Grundsatz: „dolo facit, qui petit, quod redditurus est“ nicht mehr ohne weiteres das Geleistete zurückfordern, sondern nur dasjenige, um was der Gläubiger durch die vorzeitige Leistung bereichert ist. Es ist danach zu unterscheiden:

1. Übersteigt der Saldo zugunsten des Gläubigers den Betrag der Bürgschaftsforderung, so ist ein Rückforderungsanspruch überhaupt nicht gegeben, vielmehr ist die Saldoforderung an den Hauptschuldner in Höhe der gezahlten Bürgschaftsforderung auf den Bürgen übergegangen.

2. Ist der Saldo zugunsten des Gläubigers geringer

als die Bürgschaftsforderung, so ist der Gläubiger um die Differenz ungerechtfertigt bereichert und hat dem Bürgen diesen Betrag zurückzuerstatten; im übrigen gilt dasselbe wie zu 1.

3. Heben sich Debet- und Kreditseite gerade gegeneinander auf oder ergibt sich ein Saldo zugunsten des Hauptschuldners, so ist der Gläubiger um den vollen Betrag der vom Bürgen geleisteten Zahlung bereichert und hat diesen an den Bürgen zurückzugeben. Gegen den Hauptschuldner ist eine Regreßforderung des Bürgen überhaupt nicht zur Entstehung gelangt. In einem über das Vermögen des Gläubigers eröffneten Konkurs stehen der Rückforderungsanspruch des Bürgen und die Saldoforderung des Schuldners der früheren Bürgschaftsforderung an den Gläubiger dieser letzteren gleichberechtigt nebeneinander.

Wird der Bürge nach Anerkennung des Rechnungsabschlusses wegen Nichtzahlung des Schuldners vom Gläubiger in Anspruch genommen, so geht die Saldoforderung, welche ja an Stelle der Einzelforderung getreten ist, gemäß § 774 BGB., insoweit sie sich mit jener dem Betrage nach deckt, auf den zahlenden Bürgen über. Sind mehrere durch selbständige Sicherheiten gesicherte Einzelforderungen in dem Kontokorrent enthalten, so haftet jedes Pfand usw. in Höhe der pfandgesicherten Forderung; übersteigen diese verschiedenen Forderungen den Gesamtbetrag des Saldos, so haftet jedes Pfand bis zur Höhe des Saldos, soweit die ein-

zelne Forderung nicht hinter dem Betrage des letzteren zurückbleibt (ebenso Staub § 356 Anm. 3). Waren mehrere Forderungen durch Bürgschaft gesichert, so tritt infolge der Saldofeststellung eine Mitbürgschaft im Sinne des § 769 BGB. ein, d. h. die Bürgen haften als Gesamtschuldner, jeder von ihnen kann von dem Gläubiger auf den vollen Betrag, für den er sich verbürgt hat, in Anspruch genommen werden. Denn mit der Anerkennung des Saldos ist jeder Bürgschaft für sich an Stelle der ursprünglichen Forderung die Saldoforderung substituiert worden und damit eine Verbürgung der mehreren Bürgen für ein und dieselbe Verbindlichkeit eingetreten. Für die Anwendung des § 769 BGB. ist aber völlig gleichgültig, ob die Bürgschaft gemeinschaftlich oder gesondert, zu derselben oder zu verschiedenen Zeiten übernommen ist (vgl. u. a. RG. v. 27. 4. 1905 im Recht 1905 S. 529); auch kann der Betrag, für den der einzelne sich verbürgt hat, bei den einzelnen Mitbürgen verschieden sein (Crome § 295 Anm. 43). Waren also z. B. in dem Kontokorrent eine Forderung von 6000 seitens X, eine solche von 10 000 seitens Y und eine Forderung von 8000 seitens Z verbürgt worden und beträgt der Gesamtsaldo 12 000, so kann der Gläubiger nach seinem Belieben z. B. Y mit 10 000 und Z mit 2000 in Anspruch nehmen. War für eine Forderung von dem Hauptschuldner aus seinem Vermögen ein Gegenstand verpfändet, so haftet dieser nun desgleichen für die Saldoforderung. Der Bürge

aber kann gemäß § 772 Abs. 2 Satz 1 verlangen, daß der Gläubiger erst aus dieser Sache Befriedigung sucht. Diese Einrede steht ihm allerdings nicht zu, wenn ein Dritter für den Schuldner das Pfand bestellt oder der Bürge, wie es im Bankverkehr die Regel ist, die Bürgschaft selbstschuldnerisch übernommen hat.

Zahlt nun der Bürge, so geht die Saldoforderung gegen den Hauptschuldner in Höhe des von dem Bürgen entrichteten Betrages auf ihn über. Wie steht es aber nun mit den Sicherheiten? Hier ist zu unterscheiden:

1. Insoweit die Sicherheiten von dem Hauptschuldner aus seinem Vermögen gewährt worden sind, gehen gemäß §§ 412, 401 BGB. auch die für die Forderung bestehenden Nebenrechte (Hypotheken, Pfandrechte usw.) auf den Bürgen über, auch wenn sie erst nach der Übernahme hinzugetreten sind (vgl. RG. Bd. 60 S. 191; Staudinger § 774 Anm. 2 d). Desgleichen gehen auf Grund des § 401 Abs. 1 BGB. auf den Bürgen auch die Rechte des Gläubigers gegen einen Dritten über, der durch einen zugunsten des Gläubigers geschlossenen Erfüllungsübernahmevertrag neben dem ursprünglichen Schuldner als Gesamtschuldner in das Schuldverhältnis eingetreten ist (RG. Bd. 65 S. 169 ff.). Dieser Übergang geschieht, also wohlverstanden, obgleich die Sicherheiten ursprünglich für eine ganz andere Forderung als diejenige Forderung, für welche der zahlende Bürge sich verbürgt hat, bestellt worden waren, weil eben durch die Saldofeststellung jenen Sicherheiten an Stelle der

ursprünglichen Forderung die Saldoforderung substituiert wird und dadurch sämtliche Sicherheiten nunmehr für ein und dieselbe Verbindlichkeit haften. Natürlich gelten auch hier die allgemeinen Grundsätze. Der Übergang der Forderung auf den Bürgen kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden (§ 774 Satz 2). Auf der einen Seite hat der bisherige Gläubiger im Umfange des Überganges die Gläubigerschaft der Forderung eingebüßt, der Bürge sie erlangt; der erstere kann insoweit den Anspruch nicht mehr verfolgen, er ist insoweit nicht mehr aktiv legitimiert (vgl. RG. Bd. 53 S. 405; Bendix a. a. O. S. 696). Andererseits dürfen durch die Geltendmachung seitens des neuen Gläubigers die den alten Gläubigern noch zustehenden Rechte keine Beeinträchtigung erfahren. Hat also der Bürge, der sich für eine hypothekarisch gesicherte Forderung verbürgt hat, den Gläubiger zum Teil befriedigt, so geht kraft Gesetzes der entsprechende Teil der Forderung mit der entsprechenden Teilhypothek auf ihn über; die Teilhypothek steht der dem Gläubiger verbleibenden Resthypothek im Range nach (vgl. Staudinger § 774 Bem. 3 und § 268 Bem. 4; ferner Schollmeyer zu § 268 Bem. 5; Düringer-Hachenburg, HGB. Bd. 2 S. 287 ff. a. a. O.; Francke in Bl. f. RA. Bd. 67 S. 237 ff.).

2. Sind mehrere Forderungen durch Bürgschaft gesichert gewesen, so sind nun infolge der Saldofeststellung diese Bürgen in das Verhältnis von Mitbürgen zuein-

ander getreten und haften einander gemäß § 774 Abs. 2. Mit der Forderung gegen den Hauptschuldner geht also nicht etwa auch das Recht des Gläubigers gegen sämtliche Mitbürgen in vollem Umfang auf den zahlenden Bürgen über. Vielmehr haften Mitbürgen einander nur nach § 426 BGB., also mangels anderer Vereinbarung nach Kopfteilen; sie sind „im Verhältnisse zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist". Es fragt sich nun, inwieweit die Besonderheit der hier durch den Kontokorrent gebildeten Verhältnisse eine abweichende Regelung bedingt. Sind zufällig die bürgschaftsgesicherten Forderungen gleich hoch gewesen und infolgedessen auch die Haftung der Bürgen für den Saldo gleich, so steht der Anwendung des Grundsatzes des § 426 BGB. nichts entgegen; der Bürge, welcher die Saldoforderung voll bezahlt, hat im Zweifel einen Anspruch gegen die übrigen Bürgen auf Ersatz je eines Kopfteils, und insoweit geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Bürgen auf ihn über. Allerdings besagt § 426 Abs. 2, daß, „soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn übergeht". Der Übergang ist also davon abhängig, daß ein solcher Anspruch auf Ausgleichung besteht; nach der Fassung des § 426 Abs. 1 Satz 1 muß aber der auf Ausgleichung belangte Schuldner, welcher den Ausgleichungsanspruch bestreitet,

beweisen, daß durch gesetzliche Vorschrift oder durch Rechtsgeschäft die Ausgleichung ausgeschlossen ist (vgl. Staudinger zu § 426 Bem. 6b; über die Anwendung dieser Bestimmung s. auch Sternberg a. a. O. S. 545ff.; Bendix im Arch. Bd. 25 S. 92; and. M. Kremer S. 177/88. Schwieriger gestaltet sich aber die Frage, wenn, wie es regelmäßig der Fall sein wird, die Bürgen für verschieden hohe Forderungen Bürgschaft übernommen haben und demgemäß auch ihre Haftung für den Saldo eine verschiedene ist. Zwar muß auch hier das im Gesetz ausgesprochene Prinzip gelten, daß die Leistungsverpflichtung der Bürgen im internen Verhältnis, unter ihnen selbst, ipso jure als geteilte aufzufassen sind, dagegen schließt der Umstand der verschieden hohen Haftung aus, daß diese Mitbürgen im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet sein sollen, denn sonst könnte der Fall eintreten, daß der zahlende Bürge einen höheren Betrag als Ausgleichung fordern könnte, als dieser bei Inanspruchnahme seitens des Hauptschuldners zu zahlen hätte, z. B. wenn A sich für eine Forderung von 100000 Mk., B sich für 20000 Mk. verbürgt hat und der Saldo gerade 100000 Mk. beträgt, die A bezahlt. Welche Ausgleichung hat nun hier stattzufinden? Auf § 426 Abs. 1 kann, wie eben gezeigt, der Ausgleichungsanspruch nicht gestützt werden; denn es widerspricht allen Rechtsgrundsätzen, daß ein Bürge durch die Zahlung eines Mitbürgen und darauf gestützte Inanspruchnahme seitens desselben höher belastet würde,

als er durch die Bürgschaft als solche belastet wird. Auch eine analoge Anwendung des § 426 Abs. 1 ist ausgeschlossen, denn weder führt sie zu einem befriedigenden Resultat noch rechtfertigt sie sich aus dem Gesetz, da § 426 Abs. 2 gerade die Anwendung des Grundsatzes des Abs. 1 ausschließt, wenn ein Ausgleichungsanspruch in jenem Sinne nicht gerechtfertigt ist. Es wird also auch § 774 Abs. 1 durch den § 774 Abs. 2 dahin eingeschränkt, daß der Übergang der Rechte gegen die übrigen Mitbürgen vom Bestehen eines Ausgleichungsanspruchs des zahlenden Bürgen abhängig gemacht wird, wenn auch zunächst ein solcher vermutet wird und diese Vermutung vom Gegner entkräftet werden muß. Die Frage ist hiernach dahin zu richten, ob überhaupt, und dann, in welchem Umfange ein Bürge wegen einer Zahlung an den Gläubiger Ausgleich von seinem Mitbürgen verlangen kann.

Infolge der gesamtschuldnerischen Haftung der Mitbürgen (§ 769 BGB., und zwar ist die Haftung auch bei verschieden hoher Haftung im vollen Betrag des Saldos eine gesamtschuldnerische, da nach dem früher Gesagten ein jeder zwar nur in Höhe der Einzelforderung, aber für den ganzen Saldo haftet) kann der Gläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teil fordern, und bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämtliche Schuldner verpflichtet. Zahlt also in dem obigen Beispiel A die volle Saldoforderung von 100000 Mk., so

wird B dem Gläubiger gegenüber frei. Durch diese Befreiung von der Schuld wird aber B in ungerechtfertigter Weise bereichert, da er mangels dieser Zahlung in Höhe seiner Haftung vom Gläubiger in Anspruch genommen werden konnte. Er ist aber auch auf Kosten des A und ohne rechtlichen Grund bereichert, da dessen Vermögen entsprechend vermindert ist und irgendein rechtlicher Grund zu Befreiung des B nicht vorlag; der Umstand, daß A dem Gläubiger gegenüber zur Zahlung verpflichtet war, ändert hieran nichts, da es gerade in der Natur der ungerechtfertigten Bereicherung liegt, daß eine Vermögensverschiebung formell zu Recht besteht, im Verhältnisse zwischen dem Verlierenden und dem Gewinnenden aber als materiell ungerechtfertigt erscheint. Das Gesetz gibt eben einen Anspruch auf Ausgleichung der Vermögensverschiebung, „um, soweit tunlich, die Wunden zu heilen, die es selbst schlägt“ (Dernburg Bd. 2, 2 § 374 IV S. 677). Daß die Bereicherung im Sinne des § 812 BGB auch in der Befreiung von einer Schuld bestehen kann, ist in der Rechtsprechung allgemein anerkannt (RGE. v. 10. 11. 1902 in JurW. 1903 S. 8 ff. und v. 1. 12. 1906 in Gruchots Beitr. Bd. 51 S. 966). Diese den Ausgleichsanspruch zwischen dem zahlenden Bürgen und dem Mitbürgen dem Grunde nach rechtfertigenden Grundsätze geben aber gleichzeitig den Anhaltspunkt für die Entscheidung der Frage nach dem Umfang, der Höhe desselben. Nur insoweit kann der zahlende Bürge Ausgleich fordern, als durch die

Zahlung die Bürgschaftsschuld des zum Ausgleich herangezogenen Mitbürgen gemindert worden ist. Hierbei ist für die Frage nach dem Umfang (anders oben hinsichtlich der Frage nach dem Grunde) des Ausgleichsanspruchs von dem Grundsatz des § 426 Abs. 1 BGB. auszugehen, daß die Gesamtschuldner zu gleichen Anteilen verpflichtet sind, d. h. bei verschiedener Höhe der Haftsumme ist der Betrag der Hauptforderung unter die Bürgen nach dem Verhältnis ihrer Haftsummen zueinander zu vertreten. Hat also z. B. A die Bürgschaft für eine Forderung von 100000 Mk., B für eine Forderung von 25000 Mk., übernommen, so haften im Innenverhältnis beide nach dem Verhältnis ihrer Haftsummen zueinander, also $^4/_5$ zu $^1/_5$, und wird nun A von dem Gläubiger belangt, so kann er insoweit von B Ausgleich fordern, als der von ihm entrichtete Betrag den hiernach auf ihn entfallenden Anteil übersteigt. Es ist hiernach zu unterscheiden:

a) Beträgt die Saldoforderung 125000 Mk. oder mehr, d. h. kommt sie der Summe der Haftsummen der Bürgen gleich oder übersteigt sie dieselbe, so zahlt der mit der vollen Haftsumme in Anspruch genommene Bürge nur das, wozu er neben dem Mitbürgen verpflichtet ist; dieser bleibt in Höhe seiner Haftsumme dem Gläubiger unvermindert verpflichtet, und es ist daher für eine Ausgleichsforderung kein Platz.

b) Beträgt die Saldoforderung 110000 Mk., verbleibt sie also unter der Gesamtsumme der Haftsummen,

übersteigt aber den Betrag der höchsten Haftsumme (100 000 Mk. des A), so wird B durch eine Zahlung des A in voller Höhe seiner Haftsumme mit 100 000 Mk. nur teilweise von seiner Schuld befreit, da er in Höhe von 15 000 Mk. dem Gläubiger verpflichtet bleibt. Im Innenverhältnis entfiel auf A $^4/_5$, also 88 000 Mk., auf B $^1/_5$, also 22 000 Mk.; durch die Zahlung von 100 000 Mk. hat also A einen Betrag von 12 000 Mk. (22 000—10 000) mehr bezahlt, als sie sich für ihn ergab, m. a. W. er hat die Schuld des B mit 12 000 Mk. bezahlt, um welchen Betrag dieser ungerechtfertigt bereichert ist. A hat also einen Anspruch auf Ausgleichung gegen B in Höhe von 12000 Mk., und insoweit ist die Forderung des Gläubigers gegen B auf ihn übergegangen. Natürlich gilt auch hier der allgemeine Grundsatz, daß der Übergang nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden darf, was insbesondere im Konkurs von Bedeutung ist. Hierüber ist später zu handeln.

c) Beträgt der Saldo 70 000 Mk., liegt er also zwischen dem Betrage der höchsten und niedrigsten Haftsumme, so wird B durch die Bezahlung des Saldos seitens des A von seiner Bürgschaftsverbindlichkeit voll befreit. Da auf ihn $^1/_5$ mit 14 000 Mk., auf A $^4/_5$ mit 56 000 Mk. entfiel, kann A in Höhe von 14 000 Mk. von B Ausgleich beanspruchen, und insoweit ist die Forderung des Gläubigers gegen B auf A übergegangen.

Nichts Besonderes gilt, wenn die Saldoforderung geringer ist als die niedrigste Haftsumme, z. B. 15 000 Mk.

Hier beträgt der Anteil des A ($^4/_5$) 12 000 Mk., der des B ($^1/_5$) 3000 Mk.; der auf die ganze Saldoforderung in Anspruch genommene A kann daher in Höhe von 3000 Mk. Ausgleich gegen B fordern.

d) Ist die Saldoforderung zwar geringer als die Haftsumme des vom Gläubiger in Anspruch genommenen Bürgen, hat aber der Bürge den Gläubiger nur teilweise befriedigt, so ist entscheidend, ob die Differenz zwischen dem bezahlten Betrag und der ganzen Saldoforderung den auf den Mitbürgen entfallenden Anteil erreicht oder gar übersteigt. Ist die Saldoforderung z. B. 90 000 Mk. und sind nur 75 000 Mk. von A bezahlt, so bleibt B mit 15 000 Mk. dem Gläubiger verpflichtet. Da sein Anteil aber $^1/_5 = 18\,000$ Mk. beträgt, so ist er um 3000 Mk., die durch die Zahlung des A von seiner Schuld getilgt sind, ungerechtfertigt bereichert und insoweit zum Ausgleich verpflichtet. Hätte dagegen A nur 70 000 Mk. bezahlt, so stünde ihm nicht nur kein Ausgleichanspruch gegen B zu, sondern B hat seinerseits auf Grund des zwischen ihnen bestehenden Gesamtschuldverhältnisses Anspruch auf Befreiung in Höhe von 2000 Mk. gegen A, und zahlt nun B die restlichen 20 000 Mk., so kann er seinerseits gegen A Ausgleich in Höhe von 2000 Mk. beanspruchen, und insoweit ist die Forderung des Gläubigers gegen A dann auf ihn übergegangen.

3. Schwierigkeit bringt aber nun der Fall, wenn eine Einzelforderung durch Bürgschaft, eine andere seitens dritter Personen durch Hypothek oder Pfandrecht gesichert

waren, also nunmehr Bürgschaft mit Hypothek und Pfandrecht zusammentreffen. Bevor wir uns dieser überaus bestrittenen Frage, wie sich die Rechtslage gestaltet, wenn nun einer von diesen den Gläubiger befriedigt, zuwenden, ist es notwendig, zunächst im einzelnen zu prüfen, wie es sich verhält, wenn nur eine Mehrheit von Hypotheken oder nur eine Mehrheit von Pfandrechten bestand, die jeweils von einem Dritten bestellt worden sind.

a) War für eine Einzelforderung eine Hypothek bestellt, so haftet diese nach Anerkennung des Rechnungsabschlusses für die Saldoforderung, indem diese kraft der gesetzlichen Vorschrift des § 356 HGB. an die Stelle der ursprünglichen Forderung tritt. Ist nun der Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks nicht der persönliche Schuldner, so erwirbt er gemäß § 1143 BGB. mit der Befriedigung des Gläubigers dessen Forderung.

Waren mehrere Einzelforderungen hypothekarisch sichergestellt, so wird nach den obigen Ausführungen jeder Hypothek an Stelle der jeweiligen Einzelforderung die Forderung auf den festgestellten Saldo substituiert. Hieraus ergibt sich, daß nunmehr sämtliche Grundstücke für ein und dieselbe Forderung haften, und zwar für den ganzen Saldobetrag, wenn auch nicht auf die ganze Summe, sondern nur jeweils in der Höhe der ursprünglichen Forderung. Weiterhin ist der Hypothekengläubiger identisch bei allen Hypotheken, und charakte-

ristisch ist, daß die Summe, mit der die mehreren Grundstücke nunmehr belastet sind, nur einmal verlangt werden kann und die Belastung eines Grundstücks erlischt, wenn der Gläubiger seine Befriedigung aus einem der mitverhafteten Grundstücke erlangt. Sind dann die Hypotheken noch von derselben Art, sind sie also sämtlich als gewöhnliche Verkehrshypotheken eingetragen (nicht etwa auf dem einen Grundstück als Sicherungshypothek oder Grundschuld), so sind sämtliche Wesensmerkmale der Gesamthypothek nach § 1132 BGB. erfüllt. Daß die Haftung der Grundstücke eine verschieden hohe ist, steht dem nicht entgegen, da es mit Planck (Bem. 1 zu § 1132) als zulässig erachtet werden muß, auf dem einen Grundstücke die Gesamthypothek nur zu einem Teil einzutragen (vgl. auch OLGR. Bd. 10 S. 100; v. Staudinger Bem. 21 zu § 1132). Mit Rücksicht auf die mit der Saldofeststellung eintretende Identität der Forderung erscheint somit als Folge der Anerkennung des Rechnungsabschlusses, daß an Stelle der vorher bestehenden gleichartigen Hypotheken eine Gesamthypothek entsteht. Diese Entscheidung ist von besonderer Bedeutung für den Fall, daß der Eigentümer, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, den Gläubiger befriedigt. Der, wie oben erwähnt, mit der Befriedigung des Gläubigers gemäß § 1143 Abs. 1 BGB. eintretende Übergang der Forderung mußte nach den §§ 412, 501 BGB. den Übergang der auf den anderen Grundstücken haftenden Hypotheken zur Folge haben. Dies

ist jedoch für die Gesamthypothek durch § 1143 Abs. 2 ausgeschlossen und in § 1173 bestimmt worden: „Befriedigt der Eigentümer eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke den Gläubiger, so erwirbt er die Hypothek an seinem Grundstück; die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt. Kann der Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder von einem der Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen, so geht in Höhe des Ersatzanspruchs auch die Hypothek an dem Grundstücke dieses Eigentümers auf ihn über; sie bleibt mit der Hypothek an seinem eigenen Grundstück Gesamthypothek". Während also bei Mitbürgen ein gesetzliches Gesamtschuldverhältnis besteht und ohne weiteres eine Ausgleichungsverpflichtung begründet ist, besteht unter mehreren verhafteten Grundstückseigentümern eine solche Ausgleichspflicht nicht, und demgemäß wird der Übergang der Hypothek an dem fremden Grundstück von einem bestehenden Ersatzanspruch gegen den Eigentümer desselben abhängig gemacht. Wie steht es nun im vorliegenden Fall mit dem Ersatzanspruch? Die Sachlage liegt ähnlich wie in dem unter 2 erörterten Fall der Mitbürgschaft mit limitierten Haftsummen. Die Hypotheken waren ursprünglich als gewöhnliche Hypotheken für die Einzelforderung bestellt, also in der Weise, daß jedes Grundstück unbedingt für den Betrag dieser Forderung haftete. Wenn nun infolge der Saldofeststellung an den mehreren Grundstücken ein und dieselbe

Hypothek (Gesamthypothek) für die Saldoforderung entsteht und damit die Belastung jedes Grundstücks die auflösende Bedingung erhält, daß sie erlischt, wenn der Gläubiger seine Befriedigung aus einem der mitverhafteten Grundstücke erlangt, so ergibt sich ohne weiteres aus dem Wesen des Kontokorrentverkehrs, daß dieser mit der Inanspruchnahme eines Eigentümers eintretende Erfolg nicht zur Begünstigung der anderen führen kann. Vielmehr muß diese Wirkung für alle gleichmäßig eintreten, d. h. im Innenverhältnis sind die verhafteten Eigentümer mit ihrem Grundstück zu gleichen Anteilen, d. h. bei verschiedenem Betrag der Hauptforderung nach dem Verhältnis ihrer Haftsummen, zueinander verpflichtet. Insoweit daher ein Eigentümer die Saldoschuld über den Betrag des hiernach auf ihn entfallenden Anteils bezahlt, werden die übrigen Eigentümer frei, und er kann gegen diese entsprechenden Ausgleich geltend machen. Es gilt hier im einzelnen dasselbe, wie unter 2 erörtert. In Höhe dieses Ersatzanspruchs erwirbt der bezahlende Eigentümer neben der Eigentümerhypothek am eigenen Grundstück zugleich kraft Gesetzes die Hypothek an dem Grundstücke des regreßverpflichteten Eigentümers.

b) Dieselben Grundsätze greifen Platz, wenn mehrere Pfänder für Einzelforderungen seitens Dritter bestellt und diese nun für die Saldoforderung haften. Nach § 1225 BGB. finden die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 774 entsprechende Anwendung. Bei Befriedigung des Gläubigers durch den Verpfänder, der

nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, gehen die Forderung und mit ihr zugleich auch die für dieselben bestehenden Pfandrechte auf den Verpfänder über. Mehrere Drittverpfänder sind im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, bei Verschiedenheit der Haftsummen haben sie sich nach den erörterten Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung Ausgleich zu gewähren, wobei auch hier die gleiche Verhaftung aller Pfandsachen zugrunde zu legen ist. Selbstverständlich ist allein die Höhe der ursprünglichen Forderung, also der jetzigen Haftsumme, maßgebend, während, wie Emmerich (a. a. O. S. 519) richtig betont, der Wert der Pfandsachen auf die Ausgleichungsansprüche ohne Einfluß ist; allerdings kann aber jede Sache nicht über ihren Höchstwert hinaus für die Ausgleichungsansprüche in Betracht kommen, und insoweit ist deshalb die Ausgleichungshaftung jeder Pfandsache doppelt beschränkt: rechtlich durch den Höchstbetrag ihrer Verhaftung, tatsächlich durch den Höchstbetrag ihres Werts. (And. M. Martinius a. a. O., der die Haftung auch nach dem Wertverhältnis der Pfandsachen verteilen will. Über die verschiedenen Ansichten der Ausgleichshaftung der Pfandsachen vgl. im übrigen Emmerich (a. a. O. S. 514 ff.), Schulz (a. a. O. S. 70 ff.), Bendix (a. a. O. S. 88 ff.), Biermann (Bem. 1 zu § 1225), Zietelmann (a. a. O. S. 77 ff.), Sternburg (a. a. O. S. 549 ff.), Staudinger zu § 225 und die dort Zitierten.

Wir kommen nun zu der bereits gestellten Frage, wie sich die Rechtslage gestaltet, wenn Verschiedenartigkeit der Sicherheiten vorliegt, also sowohl ein Bürge als ein Drittverpfänder oder nicht persönlich haftender Eigentümer eines Grundstücks, für welches die Hypothek bestellt ist, vorhanden ist und einer von diesen den Gläubiger befriedigt. Die Schwierigkeit liegt in der Frage, welche Bedeutung in § 1225 der Verweisung auf § 774 und welche Tragweite der gesetzlichen Vorschrift des § 776 BGB. beizumessen ist. Es sind die verschiedensten Ansichten vertreten. Biermann (Bem. 1 zu § 1225) ist der Meinung, daß wie in § 1143 so auch in § 1225 die Anordnung der entsprechenden Anwendung des § 774 auf dessen Abs. 1 zu beschränken war, und daß die Nichtbeifügung dieser Beschränkung nur auf einem Redaktionsversehen beruht. Es könne also der den Gläubiger befriedigende Drittverpfänder und Pfandeigentümer den auf ihn übergegangenen Anspruch des Gläubigers gegen den Bürgen ganz geltend machen, so daß im Verhältnis des Drittverpfänders zu dem Bürgen derjenige, welcher den Gläubiger nicht befriedigt, den endgültigen Verlust zu tragen habe. Planck in Bem. 2c zu § 1225 folgert aus der Bezugnahme auf § 774 Abs. 2, daß zwischen dem Verpfänder und dem Bürgen ein mitbürgenähnliches Verhältnis geschaffen werden sollte und demgemäß der Regreß des vom Gläubiger in Anspruch Genommenen in dubio auf den Kopfteil geht, so daß der die Ein-

lösungszahlung vornehmende Verpfänder im Verhältnis zum Bürgen grundsätzlich die Last der Schuld zur Hälfte selbst zu tragen habe und nur hinsichtlich der anderen Hälfte die Rechte des befriedigten Gläubigers gegen den Bürgen geltend machen dürfe. Beide Ansichten, von denen sich der letzteren insbesondere Boethke und Martinius a. a. O. angeschlossen haben, sind in erster Linie von Strohal (a. a. O. S. 372 ff.) bekämpft. Biermann übersieht, daß in § 1143 gerade deshalb nicht auf § 774 Abs. 2 verwiesen wird, weil den mehreren Mitbürgen und Mitverpfändern eben die mehreren Eigentümer der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke entsprechen und für diese die besonderen Vorschriften des § 1773 gelten. Planck verkennt, daß § 774 Abs. 1 das Rückgriffsrecht des Bürgen im allgemeinen, Abs. 2 aber das Rückgriffsrecht eines Mitbürgen gegen die übrigen Mitbürgen im besonderen regelt. Wenn nun, wie Sternberg (a. a. O. S. 551) richtig ausführt, der § 1225, der das Rückgriffsrecht eines den Gläubiger befriedigenden Verpfänders regelt, auf § 774 Abs. 2 verweist, so kann das nur bedeuten, daß der im § 774 Abs. 2 für das Verhältnis mehrerer Bürgen zueinander aufgestellte Grundsatz Anwendung finden soll auf das Verhältnis mehrerer Verpfänder zueinander. Strohal (a. a. O. S. 375) folgert aus §§ 774, 776, daß dem Bürgen, welcher gezahlt hat, der Regreß in weitestem Maße gewährt werden müsse. „Besteht zur Zeit der Bürgschaftsleistung zur Sicherung

der Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner ein Pfandrecht oder eine Hypothek, so ist dem Bürgen durch § 774 für den Fall, daß er sich zur Befriedigung des Gläubigers veranlaßt sieht, das Einrücken in das volle Recht des Gläubigers, und zwar auch in dessen Pfandrecht oder Hypothek garantiert. Der unter der angegebenen Voraussetzung sich Verbürgende darf also darauf rechnen, das von ihm zur Befriedigung des Gläubigers Geleistete nötigenfalls aus dem Erlöse des Pfandes bezw. des ihm verhafteten Grundstücks ersetzt zu erhalten. Gibt aber der Gläubiger, noch bevor er gegen den Bürgen vorgeht, ein ihm hinsichtlich der Forderung zukommendes Sicherungsrecht, also insbesondere ein Pfandrecht oder eine Hypothek auf, so wird der Bürge nach § 776 insoweit frei, als er aus dem aufgegebenen Rechte hätte Ersatz erlangen können. Das Gesetz geht aber auch hierüber noch hinaus. Denn was bisher von einem zur Zeit der Verbürgung bereits vorhandenen Sicherungsrecht gesagt worden ist, gilt nach der Schlußbestimmung des § 776 selbst dann, wenn das vom Gläubiger aufgegebene Sicherungsrecht erst nach der Bürgschaft entstanden ist.“ Der den Gläubiger befriedigende Bürge müsse hiernach, so folgert Strohal, unbedingt in der Lage sein, die ganze Last der Schuld, soweit es der Wert des Pfandes zuläßt, auf dieses abzuwälzen, und in diesem Regreßrecht dürfe der Bürge keine Verkürzung erfahren. Dem stehen auch die §§ 1225 u. 1256

nicht entgegen; zwar kann auch nach ihnen der Verpfänder und Eigentümer nach bewirkter Einlösungszahlung das auf ihn nach § 1225 Abs. 1 übergegangene Recht des befriedigten Gläubigers gegen den Bürgen geltend machen; tut er es aber, so muß er sich auch darüber klar sein, daß „er die Pfandsache nicht als eine pfandfreie behalten oder über sie als eine pfandfreie verfügen darf, sondern daß er dem von ihm in Anspruch genommenen Bürgen die Möglichkeit des Eintritts in das Pfandrecht offen zu lassen hat. Indem sich aber der Drittverpfänder auf diesen Standpunkt stellt, bringt er zugleich sein rechtliches Interesse an dem Fortbestand des auf ihn übergegangenen Pfandrechts trotz der eingetretenen Vereinigung von Pfandrecht und Eigentum an der Pfandsache zur Geltung, und mit Rücksicht auf dieses rechtliche Interesse hat das Pfandrecht nach § 1256 Abs. 2 als fortdauernd zu gelten". Der Verpfänder und Pfandeigentümer hat hiernach die Wahl, ob er die eingelöste Pfandsache als pfandfreie behalten will oder nicht, und von dieser Wahl hängt das Dasein bezw. Nichtdasein des rechtlichen Interesses ab; trifft er die Entscheidung im ersteren Sinne, so steht er demjenigen Gläubiger gleich, welcher das Pfandrecht zum Nachteil des Bürgen aufgibt, und bewirkt er dadurch die Befreiung des Bürgen nach Maßgabe des § 776 Satz 1.

Gegen die Auffassung Strohals haben sich insbesondere Breit und im Anschlusse an ihn Bendix

in zutreffender Weise gewendet. Bendix macht geltend, daß die Prämisse Strohals falsch sei; der Satz, daß mit dem gesetzlichen Übergang der Forderung auch die für sie bestehenden Hypotheken oder Pfandrechte sowie die bestellten Bürgschaften übergehen, komme in diesem Umfange für den Übergang der Forderung auf den befriedigenden Bürgen, Pfandeigentümer und Grundstückseigentümer nicht zur Anwendung. Die Regel des § 401 gelte bei mehrfacher Sicherheit nur, wenn der durch die Sicherheit Verpflichtete der debitor cessus selbst sei, nicht aber ein Dritter. Vielmehr sei für die Frage nach dem Übergang der Sicherheit auf den befriedigenden Teil, wie sich aus § 1173 ergebe, die Frage präjudiziell, ob und inwieweit eine Ausgleichung zwischen Bürgen und Drittverpfänder stattzufinden habe. Ob und inwieweit sich also der zahlende Bürge an das Pfand oder der zahlende Verpfänder an den Bürgen halten dürfe, beantworte sich nur aus dem zwischen ihnen bestehenden internen Verhältnisse. Beim Fehlen von Abmachungen hierüber sei davon auszugehen, daß die §§ 774 Abs. 2 u. 1225 Satz 2 nur der Ausdruck des allgemeinen Prinzips seien, daß mehrere Sicherungspflichtige untereinander im Zweifel zum Ausgleich verbunden sind. Dem ist voll und ganz beizutreten. Es kann doch wirtschaftlich nicht in die Wagschale fallen, ob jemand als Bürge, Hypothekenschuldner oder Pfandschuldner zahlt. Die Frage, ob sich der von dem Gläubiger der Forderung auf den festgestellten Saldo

in Anspruch genommene und zahlende Bürge an das Pfand, der Drittverpfänder an den Bürgen halten kann, ist daher genau so zu entscheiden wie der Regreß unter mehreren Mitbürgen gemäß den unter 2. erörterten Grundsätzen. Bürge und Drittverpfänder sind einander also auch im Verhältnis zueinander mangels anderweiter vertraglicher Regelung zu gleichen Anteilen verpflichtet, d. h. bei verschiedener Höhe der Haftsumme ist der Betrag der Hauptforderung unter beide nach dem Verhältnis ihrer Haftsumme zueinander zu verteilen. Insoweit der eine über den hiernach auf ihn entfallenden Anteil hinaus in Anspruch genommen ist, also durch seine Zahlung die Schuld des anderen gemindert worden ist, kann er von diesem Ausgleich verlangen. Hat der Bürge die Saldoforderung beglichen, so kann er entsprechend nur in Höhe des ihm nach dem Gesagten zustehenden Regreßanspruchs Ausgleich fordern und Befriedigung aus dem Pfande suchen. Ist andererseits der Drittverpfänder in Anspruch genommen und ergibt sich für ihn ein Ausgleichsanspruch, so fällt die bei den Gegnern dieser Ansicht gefundene Schwierigkeit des § 1256 hier völlig weg, da dann dem Bürgen auch kein Ausgleichsanspruch zusteht, also mit Recht das Pfandrecht infolge Zusammentreffens mit dem Eigentum in einer Person erloschen ist.

IV. Sicherheitsleistung für die Forderung aus dem künftigen Kontokorrentsaldo.

Es ist bisher nur die Sicherheitsleistung für einzelne in den Kontokorrent aufgenommene Forderungen erörtert worden. Es findet sich aber auch ebenso häufig der Fall, daß für diejenige Forderung Sicherheit bestellt wird, die sich aus dem Kontokorrentverkehr für die Gegenseite ergibt, also für die künftige Kontokorrentschuld. Auch hier kann die Sicherheitsleistung in verschiedener Weise, also insbesondere durch Verpfändung, Verbürgung, Hypothekenbestellung erfolgen. Die Zulässigkeit ergibt sich ohne weiteres aus §§ 765 Abs. 2, 1204 Abs. 2 und 1113 Abs. 2 BGB., wonach sowohl Bürgschaft wie Pfandrecht und Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung bestellt bezw. übernommen werden kann. Es verdient besonderer Betonung, daß also die Sicherheitsleistung durch Hypothek für die künftige Saldoforderung nicht etwa bloß in Form der Sicherungshypothek (§§ 1184 ff. BGB.), sondern auch als Verkehrshypothek (§§ 1113 ff.) bestellt werden kann, und diese wird keineswegs etwa durch den Umstand, daß die Saldoforderung bei Bestellung der Hypothek noch nicht feststand, zur Sicherungs-

hypothek. „Die Schaffung einer gewöhnlichen (Verkehrs-)Hypothek zu dem Zwecke, damit sie für das innere Verhältnis der Kontrahenten zueinander lediglich die Funktion einer Höchstbetragshypothek versehe, läuft dem Wesen der gewöhnlichen Hypothek nicht zuwider (der Gläubiger kann an der Gewinnung eines solchen umlauffähigen Sicherungsmittels ein berechtigtes Interesse haben), es müßte denn die Vereinbarung etwa lediglich in der Absicht, die nachstehenden Gläubiger zu benachteiligen, getroffen sein und insofern eine im Sinne des Anfechtungsgesetzes anfechtbare Rechtshandlung darstellen" (RG. Bd. 60 S. 243; vgl. auch RG. in Gruchots Beitr. Bd. 50 S. 988 sowie im Recht 1907 Nr. 1445, 2320, 1908 Nr. 82 und JurW. 1908 S. 19). Etwas anderes gilt nur dann, wenn die eingetragene Forderung nicht ihrer wirklichen Höhe nach, sondern nur in dem höchstmöglichen Betrag des hypothekarischen Anspruchs bezeichnet ist, während die Feststellung des wirklichen Betrags der Forderung (und damit des hypothekarischen Anspruchs) einer späteren Zeit vorbehalten bleibt. Dann liegt eine Höchstbetrags-(Maximal-) Hypothek im Sinne des § 1190 BGB. vor, die auch dann als Sicherungshypothek gilt, wenn sie im Grundbuche nicht als solche bezeichnet ist; nur muß wenigstens aus dem Grundbuch hervorgehen, daß die Feststellung des Betrages der Forderung späterer Zeit vorbehalten sein soll (RG. in JurW. 1908 S. 555; über die Bedeutung, insbesondere auch Nachteile der Höchst-

hypothek vgl. insbesondere Biermann im Bankarchiv a. a. O.). Im übrigen besteht aber auch das Wesen der Sicherungshypothek nur darin, daß das Recht des Gläubigers aus der Hypothek sich nur nach der Forderung bestimmt und der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann. Es muß also auch bei der gewöhnlichen Sicherungshypothek ebenso wie bei der Verkehrs-(Normal-)Hypothek schon bei der Eintragung die Forderung sowohl dem Grunde als auch dem Betrage nach als eine bestimmte angegeben werden, gleichgültig ob sie in diesem Zeitpunkt schon besteht oder nicht (vgl. Oberneck Bd. 2 § 157; Fuchs Bem. 2; Staudinger § 1184 Anm. II, 1 d). Hieraus ergibt sich, daß für die künftige Saldoforderung eine Sicherheit durch Hypothek nur in der Weise bestellt werden kann, daß die künftige Forderung, für welche das Grundstück haften soll, entweder absolut bestimmt oder doch wenigstens ihrem Höchstbetrag nach (unter Vorbehalt der späteren Feststellung des wirklichen Betrages) bezeichnet sein muß. Ausgeschlossen dagegen ist eine Hypothek für eine etwa nur dem Grunde nach angegebene Forderung, z. B. für alle aus der Geschäftsverbindung zwischen Gläubiger und Hauptschuldner künftig entstehenden Verbindlichkeiten oder für den auf Grund der vereinbarten Kreditgewährung in laufender Rechnung sich ergebenden Kontokorrentsaldo. Da hier nicht feststeht, welche Aktiv- und Passivposten in die laufende Rechnung Auf-

nahme finden werden, ist die Höhe der künftigen Saldoforderung völlig ungewiß, und deshalb ist in dieser Form jegliche Hypothekenbestellung unzulässig.

Wie steht es aber bei dem Pfand und der Bürgschaft? Diese sind sogar in noch höherem Maße wie die Hypothek rein akzessorischer Natur und setzen also das Bestehen einer Forderung voraus. Jedoch weichen die Grundsätze über ihre Forderung im erheblichen Maß von denen der Hypothekenforderung ab. Die Forderung braucht, sowohl beim Pfand als bei der Bürgschaft, nicht notwendig von vornherein eine Geldforderung zu sein, vielmehr genügt, wenn sie in eine Geldforderung übergehen kann (vgl. §§ 1228 Abs. 2 Satz 2 und 772 Abs. 1 BGB.). Mit der herrschenden Meinung (vgl. Staudinger § 765 Bem. 6a zu § 1204, Bem. 2a zu Windscheid-Kipp Bd. 1 § 225; Staub § 350 Anm. 4 und andere) muß ferner angenommen werden, daß der Umfang der Verbindlichkeit nicht von vornherein zahlenmäßig bestimmt sein muß. Dies ist auch die Ansicht der Reichstagskommission gewesen, welche in 2. Lesung die im 1. Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch ausdrücklich enthaltene Bestimmung, daß die Forderung (bei Pfand und Bürgschaft) eine unbestimmte sein könne, als selbstverständlich gestrichen hat (vgl. Prot. z. BGB. Bd. 2 S. 464). Allerdings muß der Umfang der Schuld im wesentlichen erkennbar sein, es muß sich mit dem Reichsgericht (RG. im Recht 1907 S. 377 Nr. 745 Ziff. 1) die zahlenmäßige Höhe der Hauptver-

bindlichkeit als Folge der Entwicklung ihrer im Bürgschaftsvertrag in allen wesentlichen Punkten gekennzeichneten Individualität ergeben. Wenn jedoch hieraus Roth (a. a. O. S. 355) den Schluß zieht, daß zur Gültigkeit der Bürgschaftsverpflichtung für einen auf bestimmte Zeit in laufender Rechnung zu gewährenden Kredit die ziffernmäßige Angabe der Höchstgrenze des vom Gläubiger zu gewährenden Kredits erforderlich sei, so erscheint dies in diesem Maße nicht gerechtfertigt. Regelmäßig wird ja allerdings in dem neben dem Kontokorrentvertrag vereinbarten Kreditvertrag die Höhe des Kredits summenmäßig festgelegt. Indes ist die ziffernmäßige Angabe mitunter gar nicht möglich, weil die benötigten Summen zurzeit noch nicht feststehen und erst in der Ausführung sich ergeben. Hier läßt sich aber in gewissem Sinne der Umfang des erforderlichen Kredits durch die Bestimmung des Zwecks festlegen, und es muß als genügende Individualisierung der Bürgschaftsforderung angesehen werden, wenn die Bürgschaft für die Forderung, welche aus dem zu dem bestimmten Zweck gegebenen Kredit resultiert, übernommen ist. So wenn eine Bank einer Baugesellschaft mit beschränkter Haftung gegenüber sich verpflichtet, ihr das zum Bau einer elektrischen Überlandzentrale für einen bestimmten politischen Kreis erforderliche Kapital gegen Bürgschaft der Gesellschafter zur Verfügung zu stellen, oder wenn ein Konsortium das zur Erschließung eines Bergwerks benötigte Kapital gegen

Bürgschaft bestimmter Personen kreditiert. Hier kann die endgültige Höhe des notwendigen Kapitals ungewiß sein, durch die Bestimmung des Zwecks ist aber eine genügende Individualisierung gegeben. Die Angabe des Zwecks und die Beschränkung der Kreditgewährung für diesen ist indes erforderlich. Eine ganz allgemeine, nach oben unbegrenzte Kreditzusage kann allerdings nicht als genügende Grundlage einer Bürgschaftsverpflichtung angesehen werden. Demgemäß muß auch der Kontokorrent, für dessen Saldoforderung das Pfand gestellt oder die Bürgschaft übernommen wird, in diesem Falle sich auf die aus dieser speziellen Geschäftsverbindung entstehenden Forderungen beschränken. In diesem Falle haftet der Bürge bezw. das Pfand für die volle Forderung auf den Überschuß nach Anerkennung des Rechnungsabschlusses seitens der Kontokorrentbeteiligten. Wenn der Bürge nicht im Betriebe seines Handelsgeschäftes für den Kontokorrentkredit eines anderen einsteht und demgemäß die Erteilung der Bürgschaftserklärung in schriftlicher Form erfolgen muß, so muß auch in das Schriftstück die Angabe der Höchstgrenze des dem Hauptschuldner bewilligten Kredits oder die Angabe des Zwecks, d. h. der den Umfang der Kreditgewährung bestimmenden Momente, aufgenommen werden; indes muß die Bezugnahme auf ein anderes Schriftstück oder andere Umstände für zulässig und genügend erachtet werden (RG. v. 30. 11. 1905 in JurW. 1906 S. 88).

Nach dem Wesen des Kontokorrentverkehrs wird auch bei Angabe der Höchstgrenzen des Kredits die Verbindlichkeit des Bürgen eine stets schwankende sein, je nach dem Stande des Guthabens der einen oder anderen Partei. Die Bürgschaft wird hier regelmäßig auch nicht bloß für den Lauf einer Kontokorrentperiode, sondern für die Dauer des ganzen Kontokorrentverkehrs übernommen; es wird also von vornherein der Vortrag des sich ergebenden Saldos auf neue Rechnung mit dem Bürgen vereinbart, und die endgültige Feststellung des Umfanges der Verbindlichkeit des Bürgen kann hier erst erfolgen, wenn das Kontokorrentverhältnis endgültig aufgehoben und der Endsaldo festgestellt ist. Bis zu diesem Zeitpunkt steht überhaupt noch nicht fest, ob und in welcher Höhe die Hauptforderung entstehen wird. Die zwischen dem Kontokorrentisten vereinbarten Bedingungen haben Wirkung für und gegen den Bürgen; dies gilt insbesondere auch hinsichtlich der Aufhebung des Kontokorrentverhältnisses. Die Kündigung muß — als Folge der akzessorischen Natur der Bürgschaft — auch bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft gegenüber dem Hauptschuldner erfolgt sein, um die Fälligkeit der Bürgschaftsschuld herbeizuführen (vgl. Thiele im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 89 S. 127 ff.; Planck Bem. 1 zu § 768, Bem. 1 zu § 773). Bis zur Feststellung des Endsaldos bleibt der Bürge also insbesondere auch dann noch verpflichtet, wenn sich bei einer Saldoziehung im Laufe des Kontokorrentverkehrs einmal für die Partei, für

welche Bürgschaft geleistet ist, ein Aktivsaldo ergibt (vgl. ROHG. Bd. 9 S. 185). Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Haftung des Bürgen zeitlich beschränkt worden ist. Es kann z. B. zwischen Gläubiger und Bürgen vereinbart werden, daß dieser nur für den innerhalb zweier Jahre oder im Laufe von zehn Rechnungsperioden zu gewährenden Kredit einstehe, auch wenn das Kontokorrentverhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen fortgesetzt wird. Die Abmachung ist aber im Zweifel nur dahin aufzufassen, daß der Bürge für den innerhalb dieser Zeit oder spätestens bei Ablauf festgestellten Saldo haften wolle, nicht aber eine Verbürgung auf bestimmte Zeit im Sinne des § 777 BGB. eingehen wollte. Denn § 777 regelt nur die Bürgenhaftung für eine bestehende Verbindlichkeit auf bestimmte Zeit. Bei künftigen Verbindlichkeiten, wie gerade die Saldoschuld, ist aber in der Regel anzunehmen, daß eine Verbürgung für die innerhalb der bestimmten Zeit entstehenden, wenn auch noch nicht fälligen Verbindlichkeiten gemeint ist, daß also der Umfang der Haftung des Bürgen beschränkt, nicht auch die Dauer seiner Haftung zeitlich begrenzt sein sollte (vgl. RG. Bd. 63 S. 11 ff.; Oertmann Bem. 3 b zu § 765; Roth a. a. O. S. 363; v. Staudinger Bem. 3 zu § 777 und die dort Zitierten). Natürlich können die Parteien auch miteinander vereinbaren, daß die Zeitbestimmung die Bürgschaftsverpflichtung selbst begrenzen sollte; dann ist § 777 BGB. entsprechend anwendbar. Die Haftung

des Bürgen erlischt also dann zwar nicht unmittelbar mit dem Ablauf der Zeit, aber der Gläubiger ist in diesem Fall verpflichtet, die Einziehung der Forderung unverzüglich (d. h. ohne schuldhaftes Zögern, § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB.) nach Maßgabe des § 772 BGB. zu betreiben, das Verfahren ohne wesentliche Verzögerung fortzusetzen und unverzüglich nach Beendigung des Verfahrens dem Bürgen anzuzeigen, daß er ihn in Anspruch nehme. Steht dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht zu, wie in unserem Falle die Regel sein dürfte, so wird er nach dem Ablauf der bestimmten Zeit frei, wenn nicht der Gläubiger ihm unverzüglich diese Anzeige macht. Verstößt der Gläubiger gegen diese Vorschrift, so wird der Bürge frei. Im übrigen besteht eine Verpflichtung zur gerichtlichen Inanspruchnahme des Bürgen nicht. Bei rechtzeitiger Erstattung der Anzeige dauert die Haftung des Bürgen fort; sie beschränkt sich aber auf den Umfang, den die Hauptverbindlichkeit in dem maßgeblichen Zeitpunkt der Anzeige hat. Fällt dieser Zeitpunkt in den Lauf einer Rechnungsperiode, so muß der Kontokorrentverkehr unterbrochen und die Abrechnung in jedem Fall in diesem Zeitpunkt vorgenommen werden.

Ist die Bürgschaft für den künftigen Endsaldo auf unbestimmte Zeit übernommen, hat also weder das Kontokorrentverhältuis eine bestimmte Dauer noch die Bürgschaftserklärung eine zeitliche Begrenzung inne, so ist der Bürge berechtigt, die Bürgschaft nach Verlauf

eines den Umständen angemessenen Zeitraumes mit der Wirkung zu kündigen, daß die weitere Entwicklung des Kontokorrentverkehrs seine Bürgschaftsverbindlichkeit nicht mehr berührt. (So mit Recht Oertmann Bem. 1 zu § 776; Staub Anm. 31 zu § 349; Goldmann-Lilienthal S. 823 Anm. 4; Roth a. a. O. S. 363; vgl. auch v. Staudinger Bem. 5 zu § 777.) Es ist aber zu beachten, daß die Beschränkung der Dauer des Kontokorrentverkehrs nicht eine zahlenmäßig, zeitliche Begrenzung erfordert, sondern eine bestimmte Dauer auch schon dann als vereinbart angesehen werden muß, wenn die Kreditgewährung für einen bestimmten Zweck vereinbart ist und dieser Zweck in der Herbeiführung eines bestimmten Erfolges sein Endziel hat.

Ist der Rechnungsabschluß anerkannt, so ergibt der Saldo die Höhe der verbürgten Hauptforderung. Überschreitet der Saldo den bei Übernahme der Bürgschaft festgesetzten Höchstbetrag des dem Hauptschuldner zu gewährenden Kredits (Kreditlimit), so zerfällt mit Roth (a. a. O. S. 356) der Saldo in eine verbürgte und unverbürgte Schuld. Das gleiche muß gelten, wenn der Saldo auch solche in die laufende Rechnung aufgenommene Forderungen aus Krediten enthält, welche zu anderen als den ausdrücklich bei der Bürgschaftsübernahme vereinbarten Zwecken gewährt worden sind. Denn hier beruht der Mehrbetrag der Saldoforderung auf einer Erweiterung der Hauptforderung durch Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner mit dem Gläubiger nach der Übernahme der Bürgschaft

vornimmt, wodurch die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert werden kann (§ 767 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Etwas anderes gilt dann, wenn die Hauptverbindlichkeit nicht durch Rechtsgeschäft, sondern infolge Verschuldens oder Verzugs des Hauptschuldners Änderungen erleidet: in diesem Fall wird auch die Verpflichtung des Bürgen entsprechend geändert (§ 767 Abs. 1 Satz 3 BGB.). Demgemäß erstreckt sich insbesondere, wenn sich der Gläubiger gemäß § 326 BGB. für den vertraglichen Schadensersatzanspruch entschieden hat, die Haftung des Bürgen nunmehr auf den an Stelle des prinzipalen Erfüllungsanspruchs getretenen Schadensersatzanspruch (Urteil des KG. v. 25. 5. 1908, Rechtspr. d. OLG. Bd. 18 S. 41; Staudinger Bem. 2 zu § 767 BGB.).

Nicht zu verwechseln mit der Überschreitung des Kreditlimits ist der Fall, daß der Bürge seine Haftung bis zu einem bestimmten Grade begrenzt hat, er also nur für einen Teil des bei Übernahme der Bürgschaft bestimmten Höchstkredits eingestanden ist (limitierte Bürgschaft). Hier ist der die Haftsumme des Bürgen überschreitende Teil des Saldos bis zur Höchstsumme des bei der Übernahme der Bürgschaft vereinbarten Kredits nicht als verbürgte Schuld anzusehen (Roth a. a. O. S. 356). „Denn der Bürge haftet innerhalb der Höchstgrenze des bei Übernahme der Bürgschaft dem Hauptschuldner eingeräumten Kredits zwar nicht auf die ganze Summe, wohl aber für die ganze Summe“ (RG. Bd. 8 S. 292, Bd. 3 S. 183/84). Nur der Mehrbetrag

des Saldos, welcher den Höchstbetrag des bei Übernahme der Bürgschaft vereinbarten Kredits überschreitet, nicht auch der Mehrbetrag desjenigen Saldos, welcher die Haftgrenze des Bürgen überschreitet, aber innerhalb des ursprünglichen Kreditabkommens sich bewegt, ist unverbürgte Schuld. Die limitierte Bürgschaft für einen Kontokorrentsaldo kommt im Ergebnis der Bürgschaft für eine in den Kontokorrent aufgenommene Einzelforderung gleich; es gelten die dort entwickelten Grundsätze.

Mit der Anerkennung des Saldos ist, wie oben schon gesehen, die verbürgte Schuld fixiert, und es treten hier hinsichtlich der Saldofeststellung, der Inanspruchnahme eines Pfandes oder eines Bürgen sowie hinsichtlich der Ausgleichsforderungen mehrerer Bürgen, Drittverpfänder usw. auch dieselben Wirkungen ein wie bei Sicherheitsleistung für eine einzelne Kontokorrentforderung. Während aber dort notwendigerweise die erste Saldofeststellung, also am Schlusse der Kontokorrentperiode, in welcher die Forderung in die laufende Rechnung eingestellt wurde, maßgeblich ist, muß bei der Sicherheitsleistung für den Kontokorrentkredit im einzelnen Fall geprüft werden, durch welche Saldofeststellung die Bürgschaftsforderung festgelegt werden soll, ob insbesondere in einem zwischen Gläubiger und Bürgen vereinbarten Zeitpunkt, bei Beendigung des Kontokorrentverhältnisses oder dem Termin der Aufkündigung seitens des Bürgen. Diese Frage ist von

entscheidender Bedeutung, da nach der maßgeblichen Saldofeststellung eine Erhöhung der verbürgten Schuld durch Neukreditierungen des Gläubigers nicht stattfinden kann und insbesondere auch die Wirkung des Vortrags auf neue Rechnung danach zu beurteilen ist. Die herrschende Meinung kommt auf Grund des Satzes, daß für die Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend ist, jede Verminderung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners auch dem Bürgen zugute kommt, auch hier zu dem Schluß, daß wenn sich innerhalb der Kreditzeit Änderungen im Debetsaldo des Kreditnehmers ergeben, der Bürge mit diesem Saldo nur insoweit zu belasten ist, als nicht inzwischen durch neue Leistungen des Kreditnehmers in irgendeinem Saldierungszeitpunkte sich dessen Saldo verringert hat (vgl. Klemmer a. a. O. S. 105). Nun ist allerdings der festgestellte Saldo mit dem Vortrag auf neue Rechnung ein einzelner Posten der neuen Rechnungsperiode geworden und unterliegt den gleichen Grundsätzen wie jede andere in den Kontokorrent nunmehr eingestellte Einzelforderung. Es liegt aber ein ganz gewaltiger Unterschied in dem Inhalt der zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger getroffenen Abrede. Ja wenn der Bürge nur für den innerhalb der laufenden Kontokorrentperiode gewährten Kredit einstehen soll, dann gilt allerdings hinsichtlich des festgestellten Saldos dasselbe wie bei jeder anderen Einzelforderung, wenn sie in einen Kontokorrent aufgenommen wird. Wenn

aber wie im vorliegenden Falle — und das ist bei derartigen Sicherheitsleistungen für Kontokorrentkredit die Regel — die Bürgschaft in ziffernmäßig oder durch den Kreditierungszweck bestimmtem Umfang übernommen wird, so muß dies im Zweifel, also insbesondere mangels ausdrücklicher zeitlicher Beschränkung, dahin ausgelegt werden, daß der Bürge für den während des ganzen Kontokorrentverkehrs gewährten Kredit einstehen soll, also der bei Beendigung des Kontokorrentverkehrs, event. bei zeitlicher Beschränkung bei Ablauf der Zeit sich ergebende Rechnungsabschluß für die Höhe der Bürgschaftsschuld maßgeblich sein soll. Gegenstand der Bürgschaftsverbindlichkeit ist also gar nicht die Forderung auf den jeweils nach Ablauf einer Kontokorrentperiode sich ergebenden Überschuß, sondern der schließliche Endsaldo. Das Schicksal der einzelnen in den Kontokorrent aufgenommenen Kreditposten berührt also den Bürgen ebensowenig wie das der einzelnen Zwischensaldos; daß diese zwar auf den künftigen Endsaldo bestimmend wirken, kann hiernach nichts ändern, denn ausschließlich dieser künftige Endsaldo ist nach dem Inhalt des Vertrages verbürgt. Der Bürge haftet also nicht etwa nur in Höhe des niedrigsten Saldos, sondern gemäß dem am Schluß des ganzen Verhältnisses resultierenden Endsaldo.

Wenn das zwischen Gläubiger und Bürgen festgesetzte Kreditlimit überschritten wird und demgemäß nach oben Gesagtem ein verbürgter und ein unverbürgter

Saldo entsteht, so ergeben sich gewisse Besonderheiten. Zunächst tritt natürlich während der Dauer des Kontokorrentverkehrs die Abmachung des Kreditlimits in keiner Weise in Erscheinung, da, wie wir gesehen, sowohl den einzelnen in den Kontokorrent aufgenommenen Kreditposten wie den Zwischensaldis für das Bürgschaftsverhältnis keinerlei rechtliche Bedeutung zukommt, sondern erst der nach Beendigung des Kontokorrentverkehrs sich ergebende Überschuß die Bürgschaftsforderung feststellt. Erst solche Zahlungen, welche nachdem von seiten des Hauptschuldners erfolgen, sind auf die verbürgte und unverbürgte Saldoschuld getrennt zu verrechnen, und zwar gemäß § 366 BGB.; mangels ausdrücklicher Bestimmung des Schuldners wird also zunächst diejenige Saldoschuld getilgt, welche dem Gläubiger weniger Sicherheit bietet.

Sind mehrere Sicherheiten für die künftige Saldoforderung bestellt und entsteht infolge Überschreitung des Kreditlimits ein verbürgter und ein unverbürgter Saldo, so kann es zweifelhaft sein, in welcher Weise die Sicherheiten im Verhältnis zueinander haften sowie in welchem Maße die Forderung auf einen zahlenden Bürgen übergeht, wenn die Höchstgrenze des zu gewährenden Kredits für die Sicherheiten jeweils eine verschiedene ist. Zunächst haftet jede Sicherheit neben der anderen für die festgestellte Saldoforderung jeweils bis zu der Höchstgrenze, bis zu welcher zur Zeit der Bestellung der Sicherheit die Kreditgewährung dem

Schuldner zugesagt war. Ist die Höchstgrenze für sämtliche Sicherheiten dieselbe, so haften sie sämtlich ausschließlich für dieselbe Schuld. Wenn auch dann dem Schuldner ein noch höherer Kredit gegeben worden ist, so werden doch mit der Inanspruchnahme einer Sicherheit und Befriedigung des Gläubigers bis zur vereinbarten Höchstgrenze die übrigen Sicherheiten frei. Wenn dagegen die Höchstgrenze des zu gewährenden Kredits für die verschiedenen Sicherheiten verschieden ist, z. B. für die Bürgschaft 10 000 Mk., für die Pfänder 15 000 Mk., so haften die Pfänder für die verbürgte Schuld (10 000 Mk.) mit dem Bürgen zusammen, außerdem aber auch für die unverbürgte Schuld, den Mehrbetrag ihrer Kredithaftung (5000 Mk.) (ebenso Roth a. a. O. S. 358). Wie steht es nun mit dem Übergang der Sicherheiten auf den in Anspruch genommenen Dritten z. B. den zahlenden Bürgen? Die Frage des Regreßanspruchs gegen die übrigen Drittverpfänder usw. entscheidet sich nach den oben erörterten Grundsätzen, und insoweit ein Regreßanspruch begründet ist, gehen auch die Sicherheiten auf den zahlenden Bürgen über. Hat der zahlende Bürge nur einen Teil des bei Übernahme der Bürgschaft vereinbarten Kredits getilgt, so erfolgt zwar auch hier der Übergang für den bezahlten Betrag, und zwar gleichgültig ob die Haftung des Bürgen auf eine hinter der Höchstsumme des dem Hauptschuldner eingeräumten Kredits beschränkt war oder der Bürge trotz Haftung auf den ganzen Betrag nur einen Teil der Saldoforderung be-

glichen hat. Aber nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. BGB. §§ 268 Abs. 3 Satz 2, 426 Abs. 2 Satz 2, 774 Abs. 1 Satz 2, 1150, 1164, 1176, 1225, 1249, 1607 Abs. 2 Satz 3, 1709 Abs. 2 Satz 2) kann der Übergang nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden. Der zahlende Bürge steht also hinsichtlich der mit der Forderung auf ihn übergegangenen Pfandrechte, Hypotheken usw. wegen des noch nicht bezahlten Teiles im Range nach (vgl. OLG. Stuttgart im Recht 1906 S. 50). Anders liegt aber die Sachlage, wenn die übrigen Sicherheiten über den bei Übernahme der Bürgschaft vereinbarten Kredit hinaus haften. Dieser den Kreditlimit übersteigende Teil geht dem Bürgen nichts an; er ist unverbürgte Forderung des Gläubigers, und insoweit haften die Pfänder auch zugunsten einer anderen als der durch Bürgschaft gesicherten Forderung. Hier kann aber von einer Ausübung des Pfandrechts seitens des Bürgen „zum Nachteil des Gläubigers“ nicht mehr die Rede sein; denn dies gilt mit der herrschenden Meinung nur für eine Kollision der Interessen des Bürgen und des Gläubigers aus derselben Schuld. (So insbesondere Düringer-Hachenburg § 349 Anm. 52; Planck Bem. 3da zu § 1143 und Bem. 3 zu § 774; Torman Bem. f zu § 1143; Fuchs, Grundbuchrecht Bem. 3 A c zu § 1143; Oberneck a. a. O. Fußnote 29 zu § 138 (S. 820); Staudinger Bem. 4a zu § 1143.) Allerdings wird hiergegen insbesondere von Zeitlmann (a. a. O. S. 78 ff.) eingewendet, daß der Wortlaut des Gesetzes

für die gegenteilige Ansicht spräche. Das Gesetz sage ausdrücklich „kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden“ und vermeide absichtlich eine Formulierung, wie sie für die enge Auffassung nahelag, nämlich: „Befriedigt der Bürge den Gläubiger nur teilweise, so kann der Übergang nicht zum Nachteile des dem Gläubiger verbleibenden Restbetrags der Forderung geltend gemacht werden“. Der Gedanke des Gesetzes gehe daher dahin: die auf den Bürgen übergehenden Ansprüche haben zurückzutreten, wenn ihre Geltendmachung irgendwelchen rechtlichen oder ökonomischen Interessen des ursprünglichen Gläubigers widerstreiten würde; es sei daher prinzipiell zugunsten des Gläubigers entschieden. Zeitlmann findet auch in § 772 den gleichen Gedanken verwirklicht und glaubt ihn für seine Ansicht verwerten zu können. Wenn aber § 772 zunächst vor Inanspruchnahme des Bürgen den vorherigen Versuch, aus der Pfandsache Befriedigung zu erlangen, fordert, dies aber für den Fall, daß dem Gläubiger ein solches Pfandrecht an der Sache auch für eine andere Forderung zusteht, dahin ändert, daß diese Verpflichtung nur gelte, wenn beide Forderungen durch den Wert der Sache gedeckt werden, so war diese Einschränkung notwendig, um eine Schlechterstellung des Gläubigers zu vermeiden. § 772 will dem Bürgen gewissen Schutz gegen rigorose Inanspruchnahme gewähren; dies darf aber nicht dazu führen, den Gläubiger zu Maßregeln zu zwingen, die seine Befriedigung be-

einträchtigen. Dies wäre aber sonst der Fall; denn andernfalls müßte der Gläubiger sich zuerst an das Pfand halten und, da die Grundsätze des § 366 BGB., wonach die weniger sichere Forderung zuerst getilgt sein soll, mit Dernburg a. a. O. (§ 118 Anm. 6; ebenso u. a. Endemann Bd. 1 § 141 Bem. 47; and. M. allerdings Staudinger § 366 Bem. 1c und Planck Bem. 5 zu § 366) nicht für zwangsweise Beitreibung oder den Fall des § 1233 Abs. 2 BGB. (Befriedigung des Gläubigers aus dem Verkauf eines für mehrere Forderungen haftenden Pfandes) gelten, der Versteigerungserlös auf beide Forderungen verteilt werden, so daß der Gläubiger ungerechtfertigterweise geschädigt würde. Nur dem will § 277 Abs. 2 Satz 2 vorbeugen. Gegen die Ansicht Zeitlmanns spricht aber vor allem folgendes: Tritt der Gläubiger vor Inanspruchnahme des Bürgen die Forderung an einen Dritten ab, so verliert er damit die Gläubigereigenschaft; zugunsten der bei ihm verbliebenen Forderung, die nur durch ein Pfand, das aber gleichzeitig für die nun abgetretene bürgschaftsgesicherte Forderung haftet, gesichert ist, kann er also jetzt jedenfalls gegenüber der Ausübung des Pfandrechts seitens des Bürgen keine Kollision mehr geltend machen. Auf der anderen Seite aber erwirbt der Zessionar die Gläubigereigenschaft und haftet diesem, wie es im Grundstückshandel vorkommt, die für die abgetretene Forderung neben der Bürgschaft als Sicherheit bestellte Hypothek noch wegen einer anderen gegen denselben

Schuldner zustehenden Forderung, so würde er nun auf einmal günstiger gestellt sein. Er könnte nach der weiteren Auslegung des § 774 Satz 2 jetzt infolge Vereinigung der Forderungen in seiner Person bevorzugte Befriedigung aus dem Pfande beanspruchen und die Rechte des Bürgen zurückdrängen. Das schafft aber Willkür, und deshalb muß diese Ansicht, die eine dem Verkehr schädliche Unsicherheit mit sich bringt, abgelehnt werden. Haftet daher ein Teil der Sicherheiten auch für die unverbürgte Forderung des Gläubigers auf den Saldo, also den den Kreditlimit übersteigenden Teil desselben, so kann der Bürge nach Befriedigung des Gläubigers in Höhe des dem Schuldner zur Zeit der Bürgschaftsübernahme eingeräumten Kredits nach Maßgabe der ihm zustehenden Regreßansprüche aus jenen Sicherheiten auch vor völliger Befriedigung des Gläubigers, also neben diesem, Ersatz verlangen.

V. Besonderheiten im Konkurs des Hauptschuldners.

Wird über das Vermögen eines der Kontokorrentisten der Konkurs eröffnet, so gelten für den Fortbestand des Kontokorrentvertrags die allgemeinen Grundsätze des § 17 KO. für zweiseitige (gegenseitige) Verträge. Eine große Anzahl der Schriftsteller wollen allerdings den Kontokorrentverkehr durch den Konkurs ipso jure aufgehoben sehen mit der Maßgabe, daß nur ein vorzeitiger Rechnungsabschluß eintrete (so insbesondere Staub § 355 Anm. 41; Kemmer a. a. O. S. 110; Cosack § 88XII S. 337); denn in solchem Fall sei nicht nur die Kreditunsicherheit des in Konkurs geratenen Teils offen zutage getreten, sondern auch die Forderungen gegen den Gemeinschuldner gemäß § 65 Abs. 1 KO. sofort fällig, womit die Fortsetzung des Kontokorrentverhältnisses unvereinbar sei. Mit Recht weist aber Düringer-Hachenburg (§ 355 Anm. 40; ebenso Jaeger § 65 Anm. 8; Lehmann-Ring Nr. 34; Mohr a. a. O. S. 120) darauf hin, daß ja der Kontokorrent als solcher kein Kreditverhältnis voraussetze, und deshalb diese Ansicht auch nicht zutreffend sein könne. Ferner kann aus

§ 65 KO. kein solch allgemeiner Rechtssatz hergeleitet werden; denn hiernach „gilt“ als fällig nur eine Konkursforderung (ein Passivsaldo des Kridars), und auch diese nur für den Zweck der Geltendmachung gegenüber der Konkursmasse. Der Konkursverwalter hat daher die Wahl, ob er die Fortsetzung des Kontokorrentverkehrs verlangen will oder nicht. Allerdings ist zu beachten, daß jeder der Beteiligten im Zweifel auch während der Dauer der Rechnungsperiode jederzeit die laufende Rechnung kündigen kann; hierfür kann und wird meistens die Konkurseröffnung die Veranlassung geben, indes ist die Auflösung deshalb keine Wirkung der Konkurseröffnung. Wird im einzelnen Fall der Kontokorrent von dem Konkursverwalter fortgesetzt, so werden selbstredend auch Schuldposten, die nach der Konkurseröffnung durch Geschäfte entstehen, in die Rechnung gestellt; ergibt sich schließlich ein Saldo zugunsten des nicht im Konkurs befindlichen Kontokorrentisten, so braucht sich dieser nicht wie die Konkursgläubiger eine verhältnismäßige Reduktion seiner Forderung gefallen lassen, sondern kann den Aktivsaldo voll beanspruchen. Schließlich kann aber der Kontokorrent auch trotz der Konkurseröffnung zwischen dem Gemeinschuldner und dem anderen Kontrahenten fortgesetzt werden; in diesem Fall aber treten mit Düringer-Hachenburg der Konkursmasse gegenüber die Vorschriften des § 357 HGB. in Wirkung, wonach dem Gläubiger gegenüber, der die Pfändung und Überweisung des Anspruchs auf

dasjenige erwirkt, was seinem Schuldner als Überschuß aus der laufenden Rechnung zukommt, Schuldposten, die nach der Pfändung durch neue Geschäfte entstehen, nicht in Rechnung gestellt werden. Denn an die Konkurseröffnung ist die notwendige Folge geknüpft, daß sie wie eine Pfändung des Saldoguthabens zugunsten der Konkursmasse wirkt. Ein im Zeitpunkt der Konkurseröffnung in der laufenden Rechnung etwa vorhandenes Guthaben des Gemeinschuldners ist nach Maßgabe des § 357 HGB. zu berechnen und gehört zur Konkursmasse.

Diese Frage der Auflösung des Kontokorrentverhältnisses ist für Bürgen und Drittverpfänder usw. von ganz erheblicher Bedeutung. Denn einerseits verliert der Bürge ohne weiteres die Einrede der Vorausklage, wenn über das Vermögen des Hauptschuldners der Konkurs eröffnet ist (§ 773 BGB.), und andererseits tritt die Fälligkeit besagter Forderungen nach § 65 KO. nur zum Zweck einer Geltendmachung gegenüber der Konkursmasse des Schuldners ein, wirkt also nicht gegenüber einem dritten Verpfänder, Bürgen usw. Erst wenn also nach dem oben Gesagten der Kontokorrentverkehr sein Ende erreicht, event. bei Abschluß der Kontokorrentperiode, kann die Inanspruchnahme dieser Sicherheiten erfolgen.

War für eine in den Kontokorrent aufgenommene Einzelforderung ein Konkursvorrecht gemäß § 61 KO. begründet, so fragt sich, ob dieses Vorrecht, insbesondere

wenn die bevorrechtigte Forderung im festgestellten Saldo aufgegangen ist, noch beansprucht werden kann. Vor Saldoziehung ist eine Sondergeltendmachung einer Einzelforderung ausgeschlossen. Mit der Saldofeststellung aber ist eine Novation verbunden, das Konkursvorrecht ist (mit Jaeger § 61 Anm. 11) „eine der Forderung innewohnende Wirksamkeit, die sich im Konkurs bewährt, eine Eigenschaft, und zwar materiellrechtliche Eigenschaft der Forderung"; darum kann von gesonderter Übertragung der Vorrechtseigenschaft auf eine andere Forderung keine Rede sein, und das Vorrecht erlischt im Fall der Novation, also der Saldofeststellung. Dies muß auch heute noch trotz § 356 HGB. gelten. Denn § 356 HGB. ist eine Ausnahmebestimmung, die keine analoge Ausdehnung duldet. Nach jener Bestimmung sollen zwar Pfandrechte und andere Sicherheiten fortbestehen, sie setzt aber Sicherheiten, „aus welcher der Gläubiger Befriedigung suchen" kann, voraus, also eine Sicherheit an einem bestimmten Gegenstand, zu welchem die Vorrechte des § 61 KO. jedenfalls nicht gehören (vgl. Jaeger § 61 Anm. 12; ebenso Staub § 356 Anm. 4 a. E.). Demgemäß kann auch ein mit einer Einzelforderung verbundenes Konkursvorrecht nicht auf den zahlenden Bürgen übergehen, gleichgültig ob er nach der Saldofeststellung in Anspruch genommen oder vorher freiwillig gezahlt hat. Denn auch im letzteren Fall geht unseren obigen Ausführungen entsprechend nicht die gesicherte Forderung auf ihn über, sondern er

erwirbt nur den Anspruch auf den entsprechenden Betrag der etwaigen Saldoforderung, da ja die gesonderte Geltendmachung einer in den Kontokorrent aufgenommenen Forderung unzulässig ist. Aus dem gleichen Grunde kann im Konkurs des Kommissionärs der Kommittent die nach der Eröffnung des Verfahrens vom Konkursverwalter zur Masse eingezogene Gegenleistung entgegen § 46 Satz 2 KO. nicht aus der Masse beanspruchen, wenn beide in laufender Rechnung standen und der Erlös aus dem Verkaufe dem Kommittenten gutgeschrieben worden war.

Hat der Bürge oder Drittverpfänder den Kontokorrentsaldo in voller Höhe oder jedenfalls in Höhe des Kreditbetrages, welcher bei Übernahme der Bürgschaftsverpflichtung mit dem Gläubiger vereinbart war, bezahlt, so ist die dem Gläubiger zustehende Forderung auf ihn übergegangen; im Konkurse des Hauptschuldners kann der Bürge daher, gleichgültig ob die Zahlung vor oder nach Konkurseröffnung erfolgt ist, die Forderung zur Tabelle anmelden. Dies gilt uneingeschränkt auch dann, wenn der Gläubiger dem Schuldner über den bei Übernahme der Bürgschaft vereinbarten Kredit hinaus Kredit gewährt hat und insoweit neben dem Bürgen die weitere Forderung geltend macht, da es sich hier um unverbürgte Beträge handelt, die die Bürgschaftsforderung nicht berühren. Schwierigkeiten ergeben sich aber, wenn der Bürge oder Drittverpfänder den Gläubiger wegen der gesicherten Saldoforderung nur teilweise befriedigt hat,

und zwar gleichgültig, ob nur einem Teil der übernommenen Haftpflicht entsprochen ist oder zwar die ganze Haftsumme gezahlt ist, indes innerhalb des bei Übernahme der Bürgschaftsverpflichtung vereinbarten Kredits noch ein das Bürgschaftslimit übersteigender Betrag offen bleibt. Die Frage ist, inwieweit hier die Regreßforderung des Bürgen usw. im Konkurse des Hauptschuldners angemeldet werden kann, ohne gegen den allgemeinen Grundsatz, daß der Übergang der Forderung des Gläubigers nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden kann, zu verstoßen. Die in der Literatur vielerörterte Frage ist neuerdings eingehend von Henneberg (a. a. O. S. 268 ff.) behandelt worden, und wir schließen uns dessen Ausführungen, die zu einem durchaus befriedigenden Ergebnis führen, voll und ganz an. Hat danach der Bürge den Gläubiger vor Konkurseröffnung teilweise befriedigt, so ist insoweit die Forderung auf ihn übergegangen und wird ohne weiteres von ihm im Konkurs geltend gemacht; insoweit die Forderung zur Zeit der Konkurseröffnung nicht befriedigt und daher beim Gläubiger verblieben ist, wird sie von diesem geltend gemacht. Man darf sich auch nicht daran stoßen, daß nach dem oben Gesagten allerdings Pfandrechte oder sonstige Sicherheiten, die neben der Bürgschaft für die Forderung bestellt waren, in erster Linie zur Befriedigung der noch nicht getilgten Restforderung des Gläubigers dienen und insoweit der Regreßanspruch des Bürgen gegen die anderen

Sicherheitleistenden dem Gläubiger gegenüber zurücktreten muß. Denn in diesem Fall handelt es sich um eine der Regreßforderung des Bürgen bei Übergang der Teilforderung bereits innewohnende Beschränkung, indem der Gläubiger wegen seiner Restforderung bis zu deren Tilgung im Genusse aller rechtlichen und wirtschaftlichen Vorteile bleiben soll, welche ihm zur Zeit des Übergangs gebühren. Die Berechtigung zur Zulassung der Forderung an einem späteren, noch nicht eröffneten Konkurs stellt sich aber nicht als ein zur Zeit des Übergangs bereits begründeter rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil, der die rechtliche oder wirtschaftliche Lage des Gläubigers beeinflußt, dar. „Ebensowenig wie die Klagebefugnis kann auch die künftige Zulassungsberechtigung von dem übergegangenen Teil in dessen Höhe losgelöst werden; sie ist vielmehr mit diesem untrennbar verbunden.“ Erfolgt die Inanspruchnahme des Dritten erst nach Konkurseröffnung, so kann der Dritte zunächst sofort bei Eröffnung des Verfahrens seine eventuelle Regreßforderung im Konkurse anmelden. Denn er hat auch ohne vorherige Zahlung an den Gläubiger einen im Sinne der Konkursordnung begründeten Vermögensanspruch und ist daher als Konkursgläubiger legitimiert. „Seine Forderung ist eine aufschiebend bedingte, ihre Entstehung hängt von der noch schwebenden Bedingung der Inanspruchnahme seitens des Gläubigers ab und fällt daher nach § 67 KO. unter die sicherungsberechtigten Forderungen.“ Wenn nun der Bürge den

Gläubiger nach Konkurseröffnung befriedigt, so tritt er nicht ohne weiteres insoweit an die Stelle des Gläubigers, denn „der Gläubiger genießt wegen der ihm zur Zeit der Konkurseröffnung zustehenden Forderung alle Rechte eines Konkursgläubigers, die ihm durch eine nach Konkurseröffnung erfolgte Teilzahlung des Bürgen nicht geschmälert werden dürfen. Die Geltendmachung der Forderung seitens des Bürgen im Konkurs würde aber hier eine Benachteiligung bedeuten, da der Gläubiger bei vorläufiger Nichtinanspruchnahme des Bürgen sowieso mit der vollen Forderung berücksichtigt wurde und nachher doch noch wegen des nicht befriedigten Teils sich an den Bürgen halten kann". Solange daher der Gläubiger nicht die volle Befriedigung erlangt hat, kann dieser den ganzen Betrag im Konkursverfahren geltend machen, den er zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zu fordern hatte (§ 68 KO.). Der Bürge muß zurücktreten. Neben dem Gläubiger kann er aber auf keinen Fall auch noch mit seiner Forderung zugelassen werden, da jede Forderung „nur einmal Stimmberechtigung verleihen kann und nur einmal für die Feststellung und Berechnung der Konkursdividende sowie der Akkordrate beim Zwangsvergleich zum Ansatz kommen kann". Hieraus ergibt sich mit Henneberg (a. a. O. S. 273 ff.), daß der Bürge usw. insoweit überhaupt nicht „Konkursgläubiger" geworden ist. Nicht alle persönlichen Gläubiger, welche einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch an den Ge-

meinschuldner besitzen, sind Konkursgläubiger, sondern nur die, welche nach der Konkursordnung auch tatsächlich mit ihren Forderungen zugelassen oder, besser gesagt, nicht kraft Gesetzes von der Teilnahme ausgeschlossen sind. Die Regreßforderung des Bürgen ist aber insoweit von der Geltendmachung im Konkurs ausgeschlossen und kann daher insoweit auch nicht an den Wirkungen desselben teilnehmen. So kann insbesondere ein durch den Zwangsvergleich herbeigeführter Erlaß die Regreßforderung nicht berühren; hat also der Gläubiger die Vergleichsrate erhalten und nimmt er nun den Bürgen auf den übrigen Betrag in Anspruch, so kann der Bürge doch in der vollen Höhe seiner Inanspruchnahme gegen den Gemeinschuldner Regreß nehmen. Im einzelnen wird auf die Ausführungen bei Henneberg verwiesen.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.